Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern durch Dritte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von
Detlef Frenz
aus Düsseldorf

1980

Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern durch Dritte

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung des Doktorgrades
durch die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn

vorgelegt von
Detlef Frenz
aus Düsseldorf

1980

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Professor Dr. Jakobs

Erstberichterstatter: Professor Dr. Mann
Zweitberichterstatter: Professor Dr. Schröder

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Oktober 1980

Inhaltsverzeichnis

Einleitung S. 1

1. Teil
Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Schiedsrichterernennung durch Dritte

1. Kapitel
Erscheinungsformen des Ernennungsmechanismus S. 5

A. Abgrenzung des Themas S. 5

I. Die Art der Tätigkeit des Dritten S. 5

II. Die Parteivereinbarung als Grundlage der Ernennungsbefugnis S. 6

III. Schiedsorganisationen als Dritte S. 7

IV. Die Ausklammerung völkerrechtlicher Verträge S. 9

B. Begriffsbestimmungen S. 10

C. Vertragliche Ausgestaltung des Ernennungsmodus S. 12

2. Kapitel
Die Ernennungsbefugnis des Dritten S. 13

3. Kapitel
Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, insbesondere die Verpflichtung des Dritten, die Ernennung vorzunehmen S. 15

A. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Schiedsparteien und dem Dritten S. 15

I. Gefälligkeit oder Gefälligkeitsvertrag S. 16

II. Die Rechtsstellung des Dritten S. 18

B. Die Verpflichtung des Dritten, dem Ernennungsersuchen der Parteien nachzukommen S. 19

I. Zuständigkeitsbegründende Parteivereinbarung S. 20

II. Verpflichtung kraft Gewohnheitsrechts S. 21

III. Verpflichtung aufgrund einer vorherigen Erklärung des Dritten S. 22

1. Zurverfügungstellen einer Schiedsgerichtsordnung S. 22

2. Die vorherige Unterbreitung der Ernennungsklausel S. 24

IV. Die Ernennungsaufgabe als Ehrenamt S. 26

4. Kapitel
Die Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung durch Dritte S. 27

A. Die Trennung von gesetzlicher Zuweisung, Amtsbezeichnung und Parteivereinbarung S. 29

B. Die Bezugnahme der Schiedsvereinbarung auf ein öffentliches Amt, insbesondere auf Justizorgane S. 31

I. Äußere Merkmale der Ernennung S. 31

II. Die Bedeutung der Amtsbezeichnung nach dem Willen der Parteien S. 32

III. Die Zulässigkeit der Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit durch Parteivereinbarung S. 36

1. Das Amt des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts S. 37

2. Das Institut des "tiers prêconstitué" S. 41

3. Die Rechtslage in Deutschland S. 42

C. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung durch Dritte nach ihrem materiellen Gehalt S. 44

I. Vergleich mit der Funktion, die staatliche Gerichte bei der Schiedsrichterernennung ausüben S. 45

II. Die Bestimmung des Rechtscharakters nach der Funktion des Dritten S. 48

1. Schiedsrichterliche Tätigkeit S. 48

2. Schiedsgutachtertätigkeit S. 50

3. Die Schiedsrichterernennung durch Dritte als Unterstützungshandlung im Schiedsverfahren S. 53

D. Konsequenzen für die Ernennungstätigkeit staatlicher Gerichte S. 53

2. Teil
Einzelne Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Schiedsrichterernennung durch Dritte

5. Kapitel
Anforderungen an die Person des Dritten S. 55

A. Die Bezeichnung des Dritten in der Schiedsvereinbarung S. 55

B. Gesetzliche Anforderungen an den Dritten S. 56

I. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes unparteiischer Rechtspflege auf den Dritten S. 57

II. Anforderungen an Schiedsrichterernennungen durch Schiedsgerichtsorganisationen S. 62

C. Ablehnung des Dritten wegen Befangenheit S. 66

6. Kapitel
Das Scheitern der Schiedsrichterernennung durch Dritte und seine Folgen S. 68

A. Die Haltung von Rechtsprechung und Literatur S. 69

B. Das Scheitern des Ernennungsmechanismus im Fall der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter durch den Dritten S. 71

C. Das Scheitern des Ernennungsmechanismus bei hilfsweiser Ernennung von Parteischiedsrichtern S. 75

D. Besonderheiten bei Fortfall des Dritten S. 76

7. Kapitel
Das Auswahl- und Bestellungsverfahren S. 78

A. Die Einleitung des Ernennungsvorgangs S. 78

B. Das vom Dritten zu beobachtende Verfahren S. 80

I. Die Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen durch den Dritten S. 80

1. Prüfung von Gültigkeit, Bestand und Tragweite der Schiedsvereinbarung S. 81

2. Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne S. 83

II. Der Entscheidungsspielraum des Dritten bei der Auswahl der Schiedsrichter S. 84

III. Die Verpflichtung des Dritten, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren S. 87

C. Die Bestellung der ausgewählten Schiedsrichter S. 89

I. Wirksamwerden der Schiedsrichterernennung S. 90

II. Die Bindung des Dritten an seine Auswahlentscheidung S. 92

III. Erneute Ernennung durch den Dritten S. 94

3. Teil
Die Schiedsrichterernennung durch Dritte in internationalen Schiedsgerichtsverfahren

8. Kapitel
Das auf die Rechtsstellung des Dritten anwendbare Recht S. 98

9. Kapitel
Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsanforderungen aus internationalverfahrensrechtlicher Sicht S. 102

10. Kapitel
Das für das Scheitern der Schiedsrichterernennung durch Dritte maßgebende Recht S. 103

11. Kapitel
Die Bestimmung des maßgebenden Verfahrensrechts S. 106

A. Das vom Dritten einzuhaltende Verfahren S. 106

B. Der Einfluß der Identität des Dritten auf die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrechts S. 107

4. Teil
Die Oberprüfung der vom Dritten vorgenommenen Schiedsrichterernennung

12. Kapitel
Der Umfang einer Oberprüfung der Schiedsrichterernennung S. 110

13. Kapitel
Die Oberprüfung der Ernennungstätigkeit vor Erlaß des Schiedsspruchs S. 111

A. Nachprüfung durch den Dritten selbst S. 112

B. Die Überprüfung durch das Schiedsgericht S. 113

C. Kontrolle durch die staatlichen Gerichte S. 114

14. Kapitel
Die Oberprüfung der Schiedsrichterernennung im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium S. 115

A. Schiedssprüche ohne Auslandsbezug S. 115

B. Schiedssprüche, die ausländischem Verfahrensrecht unterstehen S. 116

Schlußbemerkung S. 117

Schrifttumsverzeichnis

Arnold, Hans	Ernennung von Schiedsrichtern durch Richter, NJW 1968, 781 ff
Balser, Heinrich/ Bögner, Rudolf	Schiedsvertrag und Schiedsverfahren, Frankfurt 1954
Baumbach, Adolf/ Lauterbach, Wolfgang	Zivilprozeßordnung, 37. Aufl., München 1979 (zit. Baumbach-Lauterbach-Bearb.)
Baumbach, Adolf/ Schwab, Karl-Heinz	Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Aufl., München 1960
Blomeyer, Arwed	Zivilprozeßrecht, Berlin, Göttingen, Heidelberg 1963
Böckstiegel, Karl-Heinz	Besondere Probleme der Schiedsgerichtsbarkeit zwischen Privatunternehmen und ausländischen Staaten oder Staatsunternehmen, NJW 1975, 1577 ff
ders.	Die Bestimmung des anwendbaren Rechts in der Praxis internationaler Schiedsgerichtsverfahren, Festschrift für Günther Beitzke (Berlin, New York 1979) S. 443 ff
ders.	Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in Streitigkeiten zwischen Staaten und Privatunternehmen, AWD 1965, 101 ff
ders.	The New Arbitration Rules of the International Chamber of Commerce, Festschrift für F.A. Mann (München 1977), S. 577 ff
Bötticher, Eduard	Inwieweit sichern die Art. 102 ff. der Reichsverfassung die Unabhängigkeit des Richters und den Rechtsweg, ZZP 51 (1926), 201 ff
Bülow, Arthur	Die positive Zwischenentscheidung eines Schiedsgerichts über seine Zuständigkeit - ihre Bedeutung und ihre Auswirkung im nationalen und internationalen Recht, KTS 1970, 125 ff

Carabiber, Charles	L'exécution en Suisse des sentences arbitrales internationales, Revue de l'Arbitrage 1963, 78 ff
David, Leo	Die wirtschaftliche Bedeutung des kaufmännischen Schiedsgerichtswesens, Berlin 1932
Domke, Martin	The Law and Practice of Commercial Arbitration, Mundelein/Ill. 1968, mit Cumulative Supplement 1977
Enneccerus, Ludwig/ Nipperdey, Hans Carl	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Halbband, 15. Aufl., Tübingen 1959
Esser, Josef/ Schmidt, Eike	Schuldrecht, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 1. Halbband, 5. Aufl., Karlsruhe 1975
Fellhauer, Harry/ Strohbach, Heinz	Handbuch der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Berlin-Ost 1969
Fischer, Peter	Die internationale Konzession, Wien, New York 1974
Flume, Werner	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2 Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., Berlin Heidelberg, New York 1975
Gentinetta, Jörg	Die lex fori internationaler Handelsschiedsgerichte, Bern 1973
ders.	Befreiung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit von der "nationalen Umklammerung", AWD 1969, 46 ff
Glossner, Ottoarndt	Die UNCITRAL-Schiedsordnung in der Praxis, RIW/AWD 1978, 141 ff
Grimm, Walter/ Rochlitz, Viktor	Das Schiedsgericht in der Praxis, Heidelberg 1959
Habscheid, Walther J.	Droit Judicaire Privé Suisse, Genf 1975
ders.	Das Problem der Unabhängigkeit der Schiedsgerichte, NJW 1962, 5 ff
ders.	Das Schiedsgutachten, Festschrift für Heinrich Lehmann (Berlin, Tübingen, Frankfurt 1956), Bd. 2, S. 789 ff

ders.	Urteilsanmerkung zu BGH Urt. v. 27.2.1969, ZZP 84 (1971), 206 ff
Heimann-Trosien, Georg	Über die Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern, Ehrengabe für Bruno Heusinger (München 1968), S. 271 ff
v. Hoffmann, Bernd	Internationale Handelsschiedsgerichtsbarkeit, Frankfurt/M., Berlin 1970
ders.	UNCITRAL Rules für internationale Schiedsverfahren, RIW/AWD 1976, 1 ff
Honig, Frederick	Die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofs 1951 - 1953, ZaöRV 15 (1953/54), 681 ff
Johnson, D.H.N.	The Constitution of an Arbitral Tribunal, BYIL 30 (1953), 153 ff
Khan, Muhammad Zafrulla	The Appointment of Arbitrators by the President of the International Court of Justice, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 ff
Klein, Frêdêric-Edouard	De l'Autoritê de la loi dans les Rapports Commerciaux Internationaux, Festschrift für F.A. Mann (München 1977), S. 617 ff
Kohler, Klaus	Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, Berlin 1967
Kollmann, Julius	Die Schiedsgerichte in Industrie, Gewerbe und Handel, München, Berlin 1914
Kornblum, Udo	Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit, München 1968
ders.	Die Entscheidungskompetenz bei der Ablehnung privater Schiedsrichter, ZZP 80 (1967), 20 ff
ders.	Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315 - 319 BGB, AcP 168 (1968), 450 ff
Krause, Hermann	Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesens in Deutschland, Berlin 1930

Kronstein, Heinrich	Das Recht der internationalen Kartelle, Berlin 1967
ders.	Arbitration is Power, N.Y.U.L.Rev. 38 (1963), 661 ff
ders.	Business Arbitration - Instrument for Private Government, Yale L. J. 54 (1944/45), 36 ff
Lalive, Jean-Flavien	Un Récent Arbitrage Suisse entre un Organisme d'Etat et une Société Privée Etrangère, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht XIX (1962), S. 273 ff
Lalive, Pierre A.	De la désignation par un tiers de l'arbitre international, Festgabe für Wilhelm Schönenberger (Fribourg 1968), S. 373 ff
Larenz, Karl	Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1 Allgemeiner Teil, 12. Aufl., München 1979
Lew, Julian D.M.	Applicable Law in International Commercial Arbitration, New York 1978
Lorenz, Werner	Die Rechtsnatur von Schiedsvertrag und Schiedsspruch, AcP 157 (1958/59), 265 ff
Lüdtke, Egon	Der Schiedsvertrag, Würzburg 1933
Mann, Frederik Alexander	Zur Ernennung von Schiedsrichtern durch vertraglich bezeichnete Dritte, Liber Amicorum Adolf F. Schnitzer (Genf 1979), S. 287 ff (zit. Festschrift für Schnitzer (1979))
ders.	Internationale Schiedsgerichte und nationale Rechtsordnung, ZHR 130 (1968), 97 ff
ders.	The Law Governing State Contracts, BYIL 21 (1944), 11 ff
ders.	Schiedsrichter und Recht, Festschrift für Werner Flume (Köln 1978), S. 593 ff
ders.	Sonderanknüpfung und zwingendes Recht im internationalen Privatrecht, Festschrift für Günther Beitzke (Berlin, New York 1979), S. 607 ff

ders.	State Contracts and International Arbitration, BYIL 42 (1967), 1 ff
Mittelstein, Max	Schiedsgerichts-Fragen, HansRZ, Sp. 41 ff
Münzberg, Reinhard	Die Schranken der Parteivereinbarungen in der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Berlin 1970
Neumann-Duesberg, Horst	Gerichtliche Ermessensentscheidungen nach §§ 315 ff BGB, JZ 1952, 705 ff
Pirrung, Jörg	Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, Berlin 1972
ders.	Die Schiedsverfahrensordnung der UNCITRAL, RIW/AWD 1977, 513 ff
Prager, Franz	Schiedsrecht, München, Berlin, Leipzig 1931
Reimer, Ernst/ Mußfeld, Richard	Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands, Berlin 1931
Richter, Ernst	Das deutsche Schiedsgerichtsverfahren, Berlin 1927
Rodriguez-Lago, Fernando F.	Los arbitrajes de derecho privado, 2. Aufl., Pamplona 1974
Rosenberg, Leo/ Schwab, Karl Heinz	Zivilprozeßrecht, 12. Aufl., München 1977
Sareika, Wieland	Zu den Begriffen in der Schiedsgerichtsbarkeit, ZZP 90 (1977), 285 ff
Sausser-Hall, M.G.	L'arbitrage en droit international privê, Ann. Inst. Droit Int. 44 (1952) I 469 ff
Schiedermair, Gerhard	Vereinbarungen im Zivilprozeß, Bonn 1935
Schlosser, Peter	Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, Bielefeld 1966

ders.	Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, Bd. 1 Systematische Darstellung, Bd. 2 Materialien und Register, Tübingen 1975 (zit. Schlosser, Bd. 1 u. Bd. 2)
Schmitthoff, Clive M. (Hrsg.)	International Commercial Arbitration, Bd. 1, Bd. 2 (Mithrsg. J. Nowak), New York 1976 (zit. Schmitthoff,Bd. 1 u. Bd. 2)
Schönke, Adolf	Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, 2. Aufl. des von v. Staff begründeten Handbuchs, Berlin, Köln 1954
Schottelius, D.J.	Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit, Köln 1957
ders.	Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, Bremen 1953
Schwab, Karl Heinz	Kollisionsrechtliche Fragen des deutschen internationalen Schiedsverfahrensrechts, Festschrift für Martin Luther (München 1976) S. 163 ff
ders.	Schiedsrichterernennung und Schiedsrichtervertrag, Festschrift für Gerhard Schiedermair (München 1976), S. 499
Sieg, Karl	Aktuelle Fragen der französischen Schiedsgerichtsbarkeit verglichen mit dem deutschen Recht, DRiZ 1957, 27 ff
ders.	Hilfsstellung Dritter im schiedsrichterlichen Verfahren, JZ 1958, 719 ff
v. Staff, A.	Das Schiedsgerichtsverfahren nach dem heutigen deutschen Recht, Berlin 1926
v. Staudinger, J.	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315 - 327, 12. Aufl., Berlin 1979
Stein - Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Bd. 3 bearbeitet von W. Münzberg und P. Schlosser, Tübingen 1975 (zit. Stein-Jonas-Bearb.)

Stockholmer Chamber of Commerce (Hrsg.)	Arbitration in Sweden, Stockholm 1977
Suratgar, David	The Sapphire Arbitration Award, the Procedural Aspects: A Report and a Critique, Colum. J. Transn'l L. 3 (1965), 152 ff
Thomas, Will	Das privatrechtliche Schiedsgerichtsverfahren, 2. Aufl., Münster 1957
Verdross, Alfred	Die Sicherung von ausländischen Privatrechten aus Abkommen zur wirtschaftlichen Entwicklung mit Schiedsklauseln, ZaöRV 18 (1957/58), 635 ff
ders.	Zwei schweizer Schiedssprüche über quasivölkerrechtliche Verträge, Schweizerisches Jahrbuch für Internationales Recht XXI (1964), 15 ff
Wach, Adolf	Handbuch des deutschen Civilprozeßrechts, Bd. 1, Leipzig 1885
Wieczorek, Bernhard	Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, 2. Aufl., 12. Lfg., §§ 1025-1048, Berlin 1979 (zit. Wieczorek-Schütze)
Wolff, Hans J./ Bachof, Otto	Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., München 1974

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
AAA	American Arbitration Association
a.a.O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
a.E.	am Ende
Anm.	Anmerkung
Ann. Inst. Droit Int.	Annuaire de l'Institut de Droit International
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
Bearb.	Bearbeiter
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl	Bundesgesetzblatt
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BYIL	British Year Book of International Law
Colum. J. Transn'l L.	Columbia Journal of Transnational Law
DB	Der Betrieb
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
ECAFE-Regeln	Arbitration Rules of the United Nations Commissions for Asia and the Far East
ECE-Regeln	Arbitration Rules of the United Nations Commission for Europe
EO	Europäisches Obereinkommen

Fn	Fußnote
HansRZ	Hanseatische Rechts-Zeitschrift
Hrsg.	Herausgeber
ICJ	International Court of Justice
ICJ Reports	International Court of Justice, Reports of Judgements, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International and Comparative Law Quaterly
IGH	Internationaler Gerichtshof
IHK	Internationale Handelskammer
ILM	International Legal Materials
ILR	International Law Reports
JZ	Juristenzeitung
KTS	Konkurs-, Treuhand- und Schiedsgerichtswesen
LG	Landgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NIOC	National Iranian Oil Company
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RIW/AWD	Recht der internationalen Wirtschaft/ Außenwirtschaftsdienst des Betriebsberaters
ROHG	Reichs-Oberhandelsgericht
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Sp.	Spalte

UNCITRAL	United Nations Commission on International Trade Law
UNÜ	UN-Übereinkommen
U.S.C.	United States Code
vgl.	vergleiche
WBÜ	Weltbank-Übereinkommen
Yale L. J.	Yale Law Journal
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Einleitung

Der Vorteil eines Schiedsgerichtsverfahrens gegenüber Verfahren vor den staatlichen Gerichten wird u.a. darin gesehen, daß der Rechtsstreit durch Personen beigelegt wird, die das besondere Vertrauen der Parteien genießen. Auf den ersten Blick scheint damit die Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern durch Dritte, also eben nicht durch die Parteien selbst, der Zielsetzung schiedsrichterlicher Streiterledigung zuwiderzulaufen. Die Praxis der Schiedsgerichtsbarkeit zeigt jedoch, daß die Mitwirkung der Parteien bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts als erheblicher Unsicherheitsfaktor für die Durchführbarkeit des gesamten Verfahrens anzusehen ist. Das gilt einmal im Hinblick auf die Einigung über dasjenige Mitglied des Schiedsgerichts, welches vom gemeinsamen Vertrauen der Parteien getragen sein muß, also entweder der Einzelschiedsrichter oder der Obmann. Zum anderen kann bei einem Mehrpersonenschiedsgericht das Verfahren daran scheitern, daß eine Partei den von ihr zu ernennenden Schiedsrichter nicht bestellt.

Um die Besetzung des Schiedsgerichts zu sichern, sind verschiedene Lösungen denkbar. Den einfachsten Weg, welcher keine Maßnahme eines Außenstehenden erfordert, hat der BGH durch Urteil vom 5. November 1970 [1] zu Recht als mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar verworfen: Die Entscheidung des Rechtsstreits ausschließlich durch den Schiedsrichter, den die mitwirkungswillige Partei bestellt hat. In den Gründen des genannten Urteils zeigt der BGH zwei Wege auf, die er in solchen Fällen als sachgerecht betrachtet. Es sind dies die ersatzweise Bestellung durch das staatliche Gericht gemäß § 1029 Abs. 2 [2] oder die Ernennung der Schiedsrichter durch einen im Schiedsvertrag bezeichneten Dritten.[3]

---

1 BGHZ 54, 392 ff

2 Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche der Zivilprozeßordnung

3 BGHZ 54, 392 (398/399)

Der Ernennung von Schiedsrichtern durch das staatliche Gericht haftet ein gewichtiger Nachteil an. Sie zwingt die schiedswillige Partei, eine Instanz in das Verfahren einzuschalten, deren Einflußnahme auf den Rechtsstreit durch die Vereinbarung eines Schiedsgerichts weitestgehend ausgeschlossen werden sollte. Dabei sind die Vorbehalte keineswegs nur psychologischer Natur. Das staatliche Gericht wird die Gültigkeit und Anwendbarkeit der Schiedsvereinbarung feststellen wollen bevor es seine Zuständigkeit für die Ernennung bejaht.[4)] Ein Streit über diese Fragen im Ernennungsstadium kann jedoch den Beginn des Verfahrens derart hinauszögern, daß die Verzögerung der völligen Untätigkeit des Gerichts gleichkommt.

In Schiedsvereinbarungen wird daher häufig ein dritter Weg gewählt und bestimmt, daß entweder von vornherein oder bei Nichteinigung der Parteien über die Person eines Schiedsrichters oder bei Säumigkeit einer Partei das fehlende Mitglied des Schiedsgerichts durch einen Dritten bestellt werden soll. Das anfangs angesprochene Vertrauen der Parteien in den oder die Schiedsrichter drückt sich dabei mittelbar in der Auswahl des Dritten aus. Gerichtspräsidenten, Handelskammerpräsidenten oder Vereinsvorsitzende bezeichnen einige der Positionen, auf die die Parteien sich gerne beziehen. Den Beteiligten erscheinen derartige Stellungen im öffentlichen oder privaten Leben offensichtlich als Gewähr dafür, daß die jeweiligen Inhaber ihre Aufgabe unvoreingenommen und mit Sachverstand erfüllen werden.

In Schiedsvereinbarungen mit internationalen Bezugspunkten wird auf Dritte besonders häufig zurückgegriffen. Gerade bei der Ausarbeitung solcher Verträge sind die Parteien bestrebt, die Einflußnahme staatlicher Gerichte so gering wie möglich zu halten. Bestätigt und gefördert wird diese Praxis in jüngster Zeit durch die sog. UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung.[5)] Vorgelegt durch den

---

4 Siehe BGH NJW 1969, 978 ff, wo die bindende Wirkung solcher Feststellungen für Folgeverfahren verneint wird

5 Der englische Text ist abgedruckt bei Schmitthoff, International Commercial Arbitration, Bd. 2, S. 1 ff. Eine deutsche Fassung der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung ist als "Beilage zu den Mitteilungen des Bundesverbandes der Deutschen Industrie e.V., Nr. 12, Dezember 1977" erschienen.

Ausschuß der Vereinten Nationen für internationales Handelsrecht (UNCITRAL) und basierend auf einer Bestandsaufnahme zur Entwicklung der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, sieht diese Verfahrensordnung eine "ernennende Stelle" vor, die in ad-hoc Schiedsgerichtsverfahren die Besetzung des Schiedsgerichts sichern und weitere Hilfsfunktionen ausüben soll. Die Vollversammlung der Vereinten Nationen hat mit Beschluß vom 15. Dezember 1976 die Anwendung der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung in internationalen Handelsgeschäften empfohlen.[6)]

Die Schiedsrichterbestellung durch Dritte nimmt somit in der Praxis der nationalen und internationalen Schiedsgerichtsbarkeit einen festen Platz ein. Die veröffentlichten Entscheidungen, die sich mit diesem Modus der Schiedsgerichtsbesetzung befassen, lassen jedoch erkennen, daß in der rechtlichen Beurteilung vielfältige Zweifelsfragen bestehen. Unklar erscheinen insbesondere der Rechtscharakter der Tätigkeit des Dritten, die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten sowie eventuell vom Dritten einzuhaltende Verfahrensgrundsätze.

Diese und andere Fragen haben in der Literatur nur wenig Beachtung gefunden.[7)] Der Grund mag darin liegen, daß geeignetes Quellenmaterial zum Thema, insbesondere richterliche oder schiedsrichterliche Äußerungen, nur in spärlichem Umfang vorliegen. Andererseits läßt dies wiederum vermuten, daß in der ganz überwiegenden Anzahl von Schiedsstreitigkeiten die Ernennung durch Dritte erwartungsgemäß funktioniert oder aber andere Einwände,

---

6 Generalversammlung, Beschluß Nr. 98, Offizielle Sammlung der 31. Sitzungsperiode, Bd. 1, Supplement Nr. A/31/39

7 In Deutschland veröffentlichte Stellungnahmen: Sieg, JZ 1958, 719 ff, sowie die Kommentierung von Schlosser in Stein-Jonas, Zivilprozeßordnung, beginnend mit § 1025 Anm. II 1 b. An ausländischen Veröffentlichungen sind zu nennen: Khan, The Appointment of Arbitrators by the President of the International Court of Justice, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 ff; P. Lalive, De la Designation par un Tiers de l'Arbitre International, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 373 ff; Mann, Zur Ernennung von Schiedsrichtern durch vertraglich bezeichnete Dritte, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 287 ff; ders., State Contracts and International Arbitration, BYIL 42 (1967), 1 (19 ff); Suratgar, The Sapphire Arbitration Award, the Procedural Aspects: A Report and a Critique, Colum. J. Transn'l L.3 (1965), 152 ff

wie z.B. Unwirksamkeit des Schiedsvertrages oder Parteilichkeit der Schiedsrichter, Bedenken gegen die Tätigkeit des Dritten völlig in den Hintergrund drängen.[8)] Das zur Verfügung stehende Material führt in der Tat zu dem Schluß, daß die Parteien die Tätigkeit des Dritten in der Regel akzeptieren und es über seine Handlungsweise nur dann zu Konflikten kommt, wenn der Dritte selbst seine Aufgabe falsch einschätzt, sie insbesondere überbewertet, und infolgedessen seiner Funktion als Garant für die Bildung des Schiedsgerichts nicht gerecht wird. Dies aber bedeutet oft das Ende des Schiedsgerichtsverfahrens bevor es überhaupt begonnen hat.

Die vorliegende Arbeit versucht, den rechtlichen Standort der Schiedsrichterernennung durch Dritte zu bestimmen, und will dazu beitragen, Mißverständnisse bei der Ausübung dieser Funktion zu verhindern. Sie ist in vier Teile gegliedert. Der erste befaßt sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen des Themas. Im zweiten Teil folgt die Behandlung der Einzelheiten des Auswahl- und Bestellungsvorgangs. Der dritte Teil behandelt Probleme,die in Verfahren mit Auslandsberührung auftreten können. Im vierten Teil wird schließlich untersucht, inwieweit die Schiedsrichterernennung durch Dritte einer Überprüfung unterliegt.

---

8 Siehe hierzu beispielsweise die Entscheidung in BGHZ 51, 255 ff, die einen Schiedsspruch durch Vereinsangehörige im Rechtsstreit zwischen einem Mitglied und einem Nichtmitglied betraf. Die Tatsache, daß der Vereinspräsident den einen Schiedsrichter für das Nichtmitglied zwangsernannt hatte, wurde vom BGH nur beiläufig erwähnt, a.a.O., S. 259.

1. Teil
Tatsächliche und rechtliche Grundlagen der Schiedsrichternennung durch Dritte

1. Kapitel
Erscheinungsformen des Ernennungsmechanismus

A. Abgrenzung des Themas

Angesichts der oben angedeuteten Mißverständnisse, die die rechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Dritten in vielfältiger Hinsicht hervorgerufen hat, erscheint es dringend erforderlich, gleich zu Beginn der Arbeit festzustellen, welche Erscheinungsformen der Mitwirkung eines Außenstehenden in Schiedsgerichtsverfahren Untersuchungsgegenstand sein sollen und was andererseits nicht oder nur im Wege der Abgrenzung zu behandeln ist.

I. Die Art der Tätigkeit des Dritten

Entsprechend ihrer Bedeutung für die Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens ist die Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern wohl die praktisch wichtigste, nicht jedoch die einzige Unterstützungsfunktion, die Dritten zur Förderung des Schiedsgerichtsverfahrens übertragen wird. Oftmals findet sich beispielsweise als Annex zur Schiedsrichterernennung die Bestimmung, daß der Dritte darüber befinden soll, ob einer der Schiedsrichter als fortgefallen anzusehen ist, etwa bei seiner Verhinderung nach Annahme des Amtes, um sodann eine Ersatzbestellung vorzunehmen.[1)] Häufig bestimmt die Schiedsvereinbarung [2)] ferner, daß der Dritte über die Ablehnung

---

1 Art. 41 Ziff. 11 des Konzessionsvertrages zwischen der National Iranian Oil Co. und Sapphire Petroleums Ltd. vom 16. Juni 1958, ILR 35 (1967), 136 (141/142)

2 Der Begriff "Schiedsvereinbarung" wird hier und im folgenden als Oberbegriff für "Schiedsvertrag" und "Schiedsklausel" verwendet. Vgl. zu diesen Begriffen, Sareika, ZZP 90 (1977), 285 (287-291)

eines Schiedsrichters entscheiden und die eventuell freiwerdende Stelle neu besetzen soll.[3] Schließlich, um eine letzte Funktion zu nennen, kann die Entscheidung des Dritten darüber vorgesehen sein, ob eine bestimmte Streitigkeit von der Schiedsvereinbarung erfaßt wird.[4]

Gegenstand der vorliegenden Arbeit ist ausschließlich die Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter. Mögen die genannten anderen Funktionen auch z.T. mit dieser Aufgabe verknüpft sein, so ist ihnen doch allen gemeinsam, daß sie vom Dritten eine Streitentscheidung verlangen. Wenn die Schiedsvereinbarung beispielsweise vorsieht, daß der Dritte über die richterliche oder schiedsrichterliche Erledigung des Streites bestimmen soll, so erfüllt die Klärung dieser Vorfrage die Voraussetzungen des § 1025 Abs. 1. Es bestehen zwei Schiedsabreden, von denen die eine der anderen vorgeschaltet ist. Ob dagegen der Ernennung von Schiedsrichtern ein rechtsprechendes Element innewohnt, muß von vornherein als sehr zweifelhaft angesehen werden.

II. Die Parteivereinbarung als Grundlage der Ernennungsbefugnis

Ist damit die Art der Tätigkeit abgegrenzt, so bedarf es weiterhin der Klärung, wann von einem "Dritten" im Sinne des Themas der Arbeit gesprochen werden kann.

Als ausschlaggebend ist der Umstand zu betrachten, daß sich seine Ernennungsbefugnis ausschließlich auf die Schiedsvereinbarung gründet. Damit scheidet die ersatzweise Ernennung durch staatliche Gerichte, wie sie in § 1029 Abs. 2 vorgesehen ist [5],

---

3 Diese Praxis spiegelt sich in Art. 12 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung wider. Die Regel steht jedoch in eindeutigem Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung in Deutschland. Nach RGZ 152, 375 (376), BGHZ 24, 1 (3), ist die Entscheidung über die Ablehnung von Schiedsrichtern den staatlichen Gerichten gem. §§ 1032, 1045 ausschließlich zugewiesen.

4 v. Staff, S. 26

5 Ersatzernennungsbefugnisse sind den staatlichen Gerichten in vielen nationalen Rechtsordnungen zugewiesen, vgl. z.B. Art. 12 des schweizer Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit vom 27.8.1969, Amtliche Sammlung 1969, S. 1093; § 5 des United States Arbitration Act, 43 Stat. 883, 9 U.S.C. § 5

aus dem Bereich der Untersuchung aus [6], denn sie beruht auf gesetzlicher Zuweisung. Dasselbe gilt selbstverständlich, wenn die Parteien die Zuständigkeit eines bestimmten Gerichts für die ersatzweise Ernennung prorogieren, denn dies ändert nichts daran, daß dem Gericht die Ernennungsfunktion aufgrund Gesetzes zugewiesen ist.[7]

Diese Abgrenzung wird durch folgende Überlegung gerechtfertigt. Die Ernennung durch das staatliche Gericht stellt allein aus formellen Gesichtspunkten kraft Gesetzes einen richterlichen Akt in der Form des § 1045 dar, und zwar mit allen Konsequenzen, insbesondere der Rechtskraftwirkung der Ernennungsentscheidung.[8] Damit folgt die Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte eigenen Grundsätzen, die sich nicht, oder zumindest nicht ohne weiteres, auf Ernennungen übertragen lassen, die ihre Grundlage allein in der Vereinbarung der Parteien besitzen. Im Laufe der Untersuchung wird sich vielmehr ergeben, daß aus der rechtlichen Beurteilung der Ernennung durch Dritte Rückschlüsse auf die Prinzipien zu ziehen sind, die von staatlichen Gerichten bei der Ersatzernennung beachtet werden sollten.

III. Schiedsorganisationen als Dritte

Unter der Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern durch Dritte ist demnach die auf dem Parteiwillen beruhende Mitwirkung eines Außenstehenden bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts zu verstehen.[9] Da sich jedoch die Schiedsvereinbarung oftmals in einer knappen Bezugsklausel erschöpft, stellt sich die Frage, ob die unterschiedlichen Erscheinungsformen innerhalb der Schiedsgerichtsbarkeit nicht eine Modifizierung dieser Begriffsbe-

---

6 Jedenfalls primär; vergleichend wird auf diesen Ernennungsmechanismus mehrfach zurückgegriffen werden.

7 Dieser Fall ist strikt zu unterscheiden von der Konstellation, daß die primäre Schiedsrichterernennung durch die Schiedsvereinbarung einem Spruchkörper zugewiesen wird, denn eine entsprechende Zuweisung enthält das Gesetz nicht.

8 BGH NJW 1969, 978 (979); Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. II 3

9 Sieg, JZ 1958, 719

stimmung erfordern. Damit ist die weitgehende Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit angesprochen.

Schiedsorganisationen, die sich allgemein die Förderung des Schiedsgerichtswesens zum Ziel gesetzt haben, sehen in ihren Schiedsgerichtsordnungen in der Regel ein ständiges Verwaltungsorgan vor, das entweder primär oder ersatzweise die Bildung des Schiedsgerichts herbeiführt.[10] Bekannteste Beispiele dafür sind der Schiedsgerichtshof der Internationalen Handelskammer [11] sowie die American Arbitration Association [12], deren Listenverfahren in die UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung [13] Eingang gefunden hat. Diese Verwaltungsträger besitzen oft die Funktion, das Schiedsgerichtsverfahren von seiner Einleitung bis zum Abschluß zu überwachen.[14] Was die Schiedsrichterernennung angeht, so unterscheidet sich ihre Stellung jedoch nicht von der des Dritten, der im ad-hoc Verfahren tätig wird, denn ihre Ernennungsbefugnis gründet sich ebenfalls ausschließlich auf die Schiedsvereinbarung, in welche die Parteien die jeweilige Schiedsordnung durch Bezugnahme inkorporieren, und beruht nicht etwa auf autonomer Geltungskraft dieser Regeln.[15]

---

10 § 11 des Status des Ständigen Schiedsgerichts beim Deutschen Ausschuß für Schiedsgerichtswesen; § 11 der Schlichtungs- und Schiedsgerichtsordnung der Zürcher Handelskammer; § 9.1 der Regeln des London Court of Arbitration; § 14 Ziff. 2 Buchstabe 3, § 17 Ziff. 3 und § 19 des Einheitlichen RGW-Reglements (alle abgedruckt bei Schlosser, Bd. 2) sowie die in Fn 11 und 12 genannten Verfahrensordnungen

11 Art. 2 Ziff. 1 der Vergleichs- und Schiedsordnung der IHK vom 6. Juni 1975, abgedruckt bei Schmitthoff, Bd. 2, S. 147 ff

12 § 12 der Commercial Arbitration Rules der AAA, abgedruckt bei Schlosser, Bd. 2, S. 212 ff

13 Art. 6 Ziff. 3

14 Siehe insbesondere die Möglichkeit des Schiedsgerichtshofs der IHK, Schiedssprüche zu überprüfen, Art. 21 der Vergleichs- und Schiedsordnung der IHK

15 Dieses Ergebnis folgt aus allgemeinen Vertragsgrundsätzen. Eine Ausnahme gilt dann, wenn bestimmte Verwaltungsträger, z.B. der Deutsche Ausschuß für Schiedsgerichtswesen, die Ernennungsfunktion aufgrund des Art. IV des EÜ vom 21. April 1961, BGBl 1964 II 425, ausüben.

Träger institutioneller Schiedsgerichtsbarkeit sind also bei der Auswahl und Ernennung von Schiedsrichtern "Dritte" im Sinne der o.a. Definition. Allerdings ist zu betonen, daß solche Verwaltungsorgane in der Regel ein derart starkes Interesse an der Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens besitzen, daß sie alles daran setzen werden, um die Bildung des Schiedsgerichts reibungslos ablaufen zu lassen. Veröffentlichtes Material über Probleme in diesem Bereich ist jedenfalls nicht ersichtlich. Das gilt in noch stärkerem Maße für Schiedsgerichtsverfahren, die von Interessenverbänden durchgeführt werden. Auch hier sind die Trägerorganisation bzw. der Verbandspräsident jedoch als "Dritter" anzusehen, wenn ihnen nach der Verbandsschiedsordnung die Aufgabe zukommt, bei der Bildung des Schiedsgerichts mitzuwirken.

Gelten die Überlegungen der vorliegenden Arbeit somit immer dann, wenn die Vereinbarung der Parteien für die Ernennungsbefugnis des Aussenstehenden maßgebend ist, so orientieren sie sich doch vorwiegend an Problemen der sog. ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit. Dazu sind auch solche Verfahren zu rechnen, die zwar nach einer vorgegebenen Schiedsordnung ablaufen, nicht jedoch von einem ständigen Verwaltungsorgan überwacht werden. Die Schiedsordnungen dieser "halborganisierten Schiedsgerichtsbarkeit", wie sie von manchen genannt wird [16], bestimmen oftmals solche Institutionen als Ernennungsstellen, die die Schiedsparteien auch sonst in reinen ad-hoc Fällen gerne als "Dritte" bezeichnen.[17]

IV. Die Ausklammerung völkerrechtlicher Verträge

Zur Abgrenzung sei schließlich bemerkt, daß die Arbeit völkerrechtliche Schiedsverfahren nicht erfaßt. Zwar sehen auch Staatsverträge häufig die Ernennung der Schiedsrichter durch einen

---

16 Schlosser, Bd. 1, Nr. 141 ff

17 Die Handelskammer Hamburg gem. § 20 Ziff. 2 der Platzusancen für den hamburgischen Warenhandel, abgedruckt bei Schlosser, Bd. 2, S. 222 ff; der Sekretär des Ständigen Schiedsgerichtshofes in Den Haag gem. Art. 6 Ziff. 2 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung

Dritten vor, insbesondere durch den Präsidenten des IGH.[18] Ferner ist der Rechtscharakter solcher Ernennungen prinzipiell nicht verschieden von der Schiedsrichterbestellung aufgrund privater Vereinbarung. Die Eigenständigkeit völkerrechtlicher Schiedsverfahren, d.h. die fehlende Einbindung in ein nationales Rechtssystem [19], läßt jedoch Probleme wie die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, Verfahrensgrundsätze und Überprüfung des Ernennungsvorgangs zu verschieden gelagert erscheinen, als daß eine Einbeziehung gerechtfertigt wäre.

B. Begriffsbestimmungen

Was die in der Arbeit verwendeten Begriffe angeht, so wurde schon oben auf den Gebrauch des Terminus "Schiedsvereinbarung" als Oberbegriff für "Schiedsklausel" und "Schiedsvertrag" hingewiesen.[20] Es bedürfen aber auch die Begriffe der klärenden Abgrenzung, die den eigentlichen Themenbereich betreffen, wie "Bestellung", "Ernennung", "Auswahl", "Konstituierung" oder "Bildung des Schiedsgerichts". Insbesondere die Begriffe "Ernennung" und "Bestellung" der Schiedsrichter werden meist synonym gebraucht.[21]

"Ernennung" deutet auf eine Rechtshandlung hin, die einen öffentlich-rechtlichen Status begründet, wie beispielsweise die Beamtenernennung. Der auf einen privatrechtlichen Vertrag gestützen Schiedsrichterernennung kommt jedoch eine solche Rechtswirkung nicht zu, gleich wie man den Rechtscharakter der Tätigkeit des Dritten auch beurteilen mag. Daher ist es unangebracht, für den nach außen wirkenden Akt des Dritten die Be-

---

18 Eine Liste solcher Verträge ist abgedruckt in ICJ Yearbook 1963-1964, S. 225 ff. In den folgenden Jahren ist sie nicht mehr veröffentlicht worden.

19 Mann, BYIL 42 (1967), 1 (2)

20 Fn 2

21 Schwab, Festschrift für Schiedermair (1976), S. 506 in Verb. mit Fn 8

zeichnung "Ernennung" zu verwenden. Um den Unterschied zu verdeutlichen soll vielmehr der Begriff "Bestellung" diese Rechtshandlung bezeichnen, wie er in der Schiedsgerichtsbarkeit auch durchaus in diesem Sinne Verwendung findet.[22)]

Demgegenüber kennzeichnet "Ernennung" die gesamte Tätigkeit des Dritten, umfaßt also sowohl die Auswahl der Schiedsrichter als auch den eigentlichen Bestellungsakt. Diese Terminologie wird vom Sprachgebrauch der ZPO gedeckt. Wenn es in § 1029 Abs. 2 heißt, daß das zuständige Gericht ersatzweise die Schiedsrichter ernennt, so schließt dies sowohl deren Auswahl als auch deren Bestellung ein. Ist daher in der vorliegenden Arbeit von "Schiedsrichterernennung" die Rede, so erfaßt diese Bezeichnung immer die gesamte Tätigkeit des Dritten.

In Schiedsvereinbarungen werden häufig die Begriffe "bezeichnen" oder "bestimmen" für die Schiedsrichterernennung verwendet. Diese Worte sind beschreibender Natur. Teil des juristischen Sprachgebrauchs können sie allenfalls insoweit sein als zum Ausdruck gebracht werden soll, daß der Dritte eine vorläufige Handlung unternimmt, wenn er etwa den Parteien eine bestimmte Person "bezeichnet", um ihre Ansichten zu seiner Auswahl zu erforschen.

Was die Zielrichtung der Tätigkeit des Dritten angeht, so findet man die synonyme Verwendung der Begriffe "Bildung" bzw. "Zusammensetzung" des Schiedsgerichts. Daran ist nichts auszusetzen. Beide Begriffe besitzen jedoch wiederum nur deskriptiven Charakter, im Unterschied zur "Konstituierung" [23)] des Schiedsgerichts, welche den Beginn der Tätigkeit des Schiedsgerichts bezeichnet, worauf der Dritte keinen Einfluß mehr besitzt.

---

22 Siehe Art. 6 - 8 der deutschen Fassung der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung; ferner v. Staff, S. 126

23 "Konstituierung" wird nicht im Sinne von "Zusammensetzung" sondern von "Zusammentreten" gebraucht. So kann eine erste Mitteilung des Schiedsgerichts an die Parteien etwa lauten: "Das Schiedsgericht hat in seiner konstituierenden Sitzung am ... X als den Ort des Schiedsverfahrens bestimmt."

C. Vertragliche Ausgestaltung des Ernennungsmodus

Die Übertragung der Ernennungsaufgabe auf den Dritten kommt in den unterschiedlichsten Formen vor. So kann der Dritte die Aufgabe haben, alle oder nur bestimmte Schiedsrichter zu bestellen.[24] Die Ernennung kann ihm primär oder nur für den Fall der Nichteinigung der Parteien bzw. der Untätigkeit einer Partei übertragen sein.[25] Die Vereinbarung kann vorsehen, daß der Dritte in der Auswahl der Schiedsrichter frei oder an einen im voraus festgelegten Personenkreis gebunden ist[26], usw.

Eine typische Ernennungsklausel, die im folgenden als Bezugsmuster dienen soll, sieht etwa so aus:

> "Bildung des Schiedsgerichts
>
> (1) Die Parteien bestellen je einen Schiedsrichter. Hat eine Partei ihren Schiedsrichter trotz Aufforderung durch die andere Partei nicht innerhalb von 30 Tagen ernannt, so wird er auf Antrag der anderen Partei vom Präsidenten der Handelskammer in X bestellt.
>
> (2) Den Vorsitzenden ernennen die Parteien gemeinsam. Kommt eine Einigung über die Person des Vorsitzenden nicht zustande oder weigert sich eine Partei an dessen Ernennung mitzuwirken[27], so bestellt der Präsident der Handelskammer in X den Vorsitzenden."[28]

Mit Abschluß einer derartigen Vereinbarung werden die Parteien davon ausgehen, alles für die problemfreie Einleitung eines

---

24 Vgl. Reimer/Mußfeld, Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands, S. 60/61

25 Sieg, JZ 1958, 719, der noch weitere Unterteilungen vornimmt

26 Vgl. BGH NJW 1973, 98 ff.

27 Daß die Weigerung der Partei, bei der Bestellung des Vorsitzenden mitzuwirken, neben dem Fall der Nichteinigung geregelt sein sollte, lehrt aus dem Völkerrecht das Beispiel des Falles "Auslegung der Friedensverträge mit Bulgarien, Ungarn und Rumänien", ICJ Reports 1950, S. 65 und 221 (227), wo das Gericht den Fall der Weigerung einer Partei vom Wortlaut der Klausel ... "fail to agree" ... nicht umfaßt ansah.

28 Die Klausel kann viel knapper gefaßt sein, siehe den Vertragstext in BGE 31 I 599

künftigen Schiedsgerichtsverfahrens getan zu haben. Wenn sie dazu etwa ersatzweise weitere Ernennungsstellen vorsehen [29], wird der Eindruck vorherrschen, daß der wichtige Schritt der Bildung des Schiedsgerichts allein aufgrund der Parteivereinbarung sichergestellt ist. Die folgenden Untersuchungen werden zeigen müssen, ob die rechtliche Beurteilung des Ernennungsmodus diesen Eindruck erhärten kann.

2. Kapitel
Die Ernennungsbefugnis des Dritten

Grundvoraussetzung dafür, daß die Parteien ihre Vorstellungen verwirklichen können, die sie mit der Übertragung der Ernennungsbefugnis auf den Dritten verbinden, ist die rechtliche Zulässigkeit dieses Ernennungsmodus. Dazu stellte das Reichsgericht in einer Entscheidung im 26. Band fest:

> "Daß die Kontrahenten auf einen Dritten kompromittieren konnten, welcher das zur Entscheidung etwaiger Streitigkeiten aus dem Kommissionsvertrage niederzusetzende Schiedsgericht ernennen sollte, steht außer Zweifel." [30]

Es fragt sich natürlich, warum diese Feststellung dann erforderlich war. Der Grund ist darin zu sehen, daß die Haltung des vom römischen Recht bestimmten gemeinen Rechts, wonach die Schiedsrichter in der Schiedsvereinbarung bereits festgelegt sein mußten [31], zur Zeit der Entscheidung im Jahre 1890 erst vor kurzem mit Schaffung der ZPO überwunden worden war. Unter den Voraussetzungen, die das gemeine Recht aufstellte, war natürlich für Schiedsrichterernennungen durch Dritte kein Raum. Jedoch setzte sich im Laufe des 19. Jahrhunderts, das insgesamt ein starkes Aufstreben des Schiedsgerichtswesens mit

---

29 Siehe beispielsweise Art. 41 Ziff. 3 des NIOC-Sapphire Vertrages, ILR 35 (1967), 136 (141)

30 RGZ 26, 371 (373)

31 Wach, Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, Bd. 1, S. 69 Fn 21

sich brachte [32], die Einsicht durch, daß die Festlegung der Schiedsrichter in der Schiedsvereinbarung praktischen Bedürfnissen oftmals nicht gerecht werden konnte. In der Folge ließ man beispielsweise solche Klauseln zu, in denen nicht die Schiedsrichter selbst ernannt waren, sondern die nur den Weg für die Bildung des Schiedsgerichts vorbestimmten.[33] Davon wurde gerade auch die Ernennung durch Dritte erfaßt.

Die Zivilprozeßordnung eliminierte den römischrechtlichen Einfluß bezüglich der Schiedsrichterernennung vollständig. Aus der Fassung des § 1028 folgt, daß es im Belieben der Parteien steht, welche Ernennungsart sie vorsehen, ob sie sich auf bestimmte Personen bereits in der Schiedsvereinbarung einigen, ob sie einen Dritten mit der Ernennung betrauen oder ob sie die Bestimmung völlig offenlassen. Die anfangs zitierte Entscheidung des Reichsgerichts [34] sollte letzte Zweifel daran beseitigen. [35]. Heute ist die rechtliche Zulässigkeit der Ernennung von Schiedsrichtern durch Dritte in Deutschland uneingeschränkt anerkannt.[36]

Damit muß jedoch die weitere Feststellung verbunden werden, daß die deutsche Rechtsordnung bestimmte Vorschriften zur Regelung dieser Tätigkeit nicht aufstellt.[37] Die Ursache für dieses Schweigen liegt darin, daß ihre Zulässigkeit Bestandteil der

---

32 Krause, Die geschichtliche Entwicklung des Schiedsgerichtswesends in Deutschland, S. 88 ff

33 Wach, a.a.O.

34 Der Entscheidung in RGZ 26, 271 ff lag die ursprüngliche Fassung der CPO, §§ 854 ff, zugrunde.

35 RGZ 26, 271 (273/274); siehe ferner RGZ 53, 1 (2)

36 BGHZ 54, 392 (398); BGH NJW 1973, 98 f; Baumbach-Lauterbach-Albers, § 1028 Anm. 1 C; Kornblum, S. 219; Sieg, JZ 1958, 719

Dieselbe Rechtslage besteht in anderen nationalen Rechtsordnungen, siehe z.B. § 5 des U.S. Arbitration Act sowie Art. 12 des schweizer Konkordats über die Schiedsgerichtsbarkeit, beide oben Fn 5

37 Wenigstens findet sich keine unmittelbare Regelung. Ob bestimmte Rechtsvorschriften, wie etwa §§ 317 ff BGB, auf die Schiedsrichterernennung durch Dritte analog anwendbar sind, ist eine andere Frage. Siehe dazu unten, S. 50 ff

Freiheit des Parteiwillens bei der Zusammensetzung des Schiedsgerichts ist, und ist nicht etwa darin zu sehen, daß die Aufgabe des Dritten keinen rechtlichen Schranken zu unterliegen hätte. Aus dieser überschlägigen Feststellung wird aber bereits deutlich, daß der Parteivereinbarung für die rechtliche Beurteilung der Schiedsrichterernennung maßgebende Bedeutung zukommt.

3. Kapitel
Die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten, insbesondere die Verpflichtung des Dritten, die Ernennung vorzunehmen

Steht somit fest, daß die Parteien dem Dritten die Befugnis zur Ernennung der Schiedsrichter einräumen können, so drängt sich natürlich die Frage auf, ob der Dritte auch verpflichtet ist, diese Aufgabe zu übernehmen und durchzuführen. Dazu sind die Rechtsbeziehungen zwischen den Beteiligten näher zu untersuchen.

Die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien bestimmen sich nach der Schiedsvereinbarung in Verbindung mit § 1028. Indem sie dem Dritten das Ernennungsrecht bezüglich aller oder bestimmter Schiedsrichter einräumen binden sie sich gegenseitig in der Wahl des Ernennungsmodus. Gleichzeitig erkennen sie die vom Dritten vorzunehmende Ernennung als bindend an [38], es sei denn, sie käme unter Verletzung bestimmter, noch näher zu untersuchender Rechtsgrundsätze zustande.

A. Die Rechtsbeziehungen zwischen den Schiedsparteien und dem Dritten.

Auch für die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien und dem Dritten ist die Schiedsvereinbarung bestimmend, denn sie weist

---

38 Zu der Frage, ob sich die Parteien zusätzlich verpflichten, den Dritten mit der Ernennung zu beauftragen, so Schwab, Festschrift für Schiedermair (1976), S. 505, siehe unten, S. 78 ff

dem Dritten seine Funktion zu. Abgesehen von dieser grundsätzlichen, kompetenzbegründenden Wirkung der Schiedsvereinbarung fragt es sich aber, wie die Rechtsbeziehungen im einzelnen ausgestaltet sind. Dabei soll das Problem der Verpflichtung des Dritten zum Tätigwerden zunächst ausgeklammert werden, die Untersuchung mithin an einem Punkt ansetzen, in welchem der Dritte seine Tätigkeit aufgenommen hat. Sodann ist zwischen den schuldrechtlichen Beziehungen einerseits und der dem Dritten eingeräumten Rechtsstellung andererseits zu unterscheiden.

I. Gefälligkeit oder Gefälligkeitsvertrag

Zu allererst stellt sich die Frage, ob zwischen den Parteien und dem Dritten überhaupt ein Rechtsverhältnis entsteht oder ob es sich nicht um eine bloße Gefälligkeit des Dritten handelt. Da der Dritte seine Tätigkeit in der Regel unentgeltlich ausübt - jedenfalls gilt das für die ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit, die hier als Ausgangsbasis genommen wird -, kommt ein Auftragsvertrag gemäß §§ 662 ff BGB in Betracht. Unproblematisch ist, daß die Schiedsrichterernennung die Voraussetzungen eines "Geschäfts" i.S. § 662 BGB erfüllt. Fraglich ist jedoch, ob sich der Dritte, wenn er den Parteien, seinen gemeinsamen Auftraggebern, seine Bereitschaft zur Ernennung zum Ausdruck bringt, rechtlich verpflichtet, dieses Geschäft zu besorgen. Ein solcher Rechtsbindungswille ist das maßgebende Kriterium, welches den Auftrag von der Gefälligkeit abgrenzt. Diese begründet u.U. Schutz- und Sorgfaltspflichten, keinesfalls jedoch eine Hauptleistungspflicht des "Versprechensgebers".[39] Was gewollt ist, ist aus der Sicht eines objektiven Beobachters zu ermitteln, wobei die wirtschaftliche Bedeutung der Sache, das erkennbare Interesse des Begünstigten sowie die Folgen der Untätigkeit zu bedenken sind [40] und eine Abwägung der Interessen vorzunehmen ist.[41]

---

39 Esser/Schmidt, Schuldrecht, Bd. 1, 1.Hb., § 8 IV, S. 96 f; Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, § 31 III, S. 449/450

40 BGHZ 21, 102 (107)

41 BGH DB 1974, 1619 (1620)

Der Dritte selbst mag sein Tätigwerden oftmals als bloße Gefälligkeit, als Entgegenkommen gegenüber den Parteien betrachten. Seine innere Einstellung ist jedoch nicht maßgebend. Bei verständiger Betrachtung ist es ihm erkennbar, daß die Parteien auf seine Mitwirkung größtes Gewicht legen und in ihm den Garanten für die Einleitung des Schiedsgerichtsverfahrens, das für sie meist erhebliche wirtschaftliche Bedeutung besitzt, sehen. Hinzu kommt, daß die deutsche Rechtsprechung aus der Untätigkeit des Dritten die Konsequenz zieht, daß die Schiedsvereinbarung in entsprechender Anwendung des § 1033 Ziff. 1 außer Kraft tritt.[42)] Daraus wird zusätzlich deutlich, daß die Parteien auf eine rechtliche Bindung des Dritten bedacht sein werden. Auf der anderen Seite folgen aus einer solchen Bindung für den Dritten wegen des weiten Spielraums, den er bei der Auswahl der Schiedsrichter besitzt [43)], keine besonderen Nachteile, wenn er sich schon einmal entschlossen hat, überhaupt tätig zu werden.

Bringt also der Dritte seine Bereitschaft zum Tätigwerden zum Ausdruck, etwa konkludent durch Annahme des Ernennungsgesuchs, so entsteht zwischen ihm und den Parteien ein Auftragsverhältnis gem. §§ 662 ff BGB. Der Dritte unterliegt gemeinsamen Weisungen der Parteien, denn diese sind gemeinsam seine Auftraggeber. Hält der Dritte bestimmte Weisungen für unvereinbar mit seinem Entscheidungsspielraum, so steht ihm die Möglichkeit der Kündigung gem. § 671 Abs. 1 BGB offen. Eine solche Kündigung erfolgt in diesem Fall auch nicht gem. § 671 Abs. 2 BGB zur Unzeit, selbst wenn man mit der Rechtsprechung aus der Untätigkeit des Dritten die Hinfälligkeit der Schiedsvereinbarung folgert, da sich die Parteien, wenn sie gemeinsam detaillierte Anweisungen zu erteilen in der Lage sind, auch selbst auf bestimmte Schiedsrichter einigen können.

---

42 Siehe dazu unten, 2. Teil, Fn 39

43 Dazu unten, 2. Teil, S. 84 ff

II. Die Rechtsstellung des Dritten

Von dem zugrunde liegenden Auftrag ist die Frage zu trennen, wie die Rechtsposition zu beurteilen ist, die die Parteien dem Dritten in der Schiedsvereinbarung eingeräumt haben. In Betracht kommen Bevollmächtigter, Ermächtigter oder Inhaber eines eigenständigen Ernennungsrechts.

Handelte es sich bei der Ernennungsbefugnis um eine Vollmacht, und zwar um eine gemeinschaftlich erteilte, so wäre die Ernennung durch Dritte ein Unterfall der gemeinsamen Schiedsrichterernennung durch die Parteien. Gegen eine derartige Betrachtung spricht, daß die Parteien weder nach ihrem eigenen Willen noch nach der Verkehrsauffassung Geschäftsherren des Ernennungsvorgangs bleiben. Wenn sie einer außenstehenden, unabhängigen Persönlichkeit die Ernennungsbefugnis einräumen, so ist damit die Vorstellung verbunden, daß der Dritte die Ernennung im eigenen Namen aussprechen können soll.

Aber auch das Institut der "Ermächtigung", analog § 185 Abs. 1 BGB, welches die Ausübung eines fremden Rechts im eigenen Namen ermöglicht [44], paßt nicht auf die Schiedsrichterernennung durch Dritte. Es setzt voraus, daß der Ermächtigende, hier also die Parteien, ein Recht innehat, welches durch einen anderen ausgeübt werden soll. Das Recht der Schiedsrichterernennung liegt jedoch nicht bei einer bestimmten Person, wie sich aus § 1028 ergibt. Vielmehr legen die Parteien mit ihrer Schiedsvereinbarung fest, wem das Ernennungsrecht zustehen soll. Nur wenn sie keine diesbezügliche Vereinbarung treffen, bestimmt § 1028 subsidiär, daß jede Partei das Recht besitzt, einen Schiedsrichter zu ernennen. Bezeichnen sie jedoch einen Dritten, so steht diesem das originäre Ernennungsrecht zu, d.h. bei primärer Ernennung unbedingt, bei der Zwangsernennung bedingt durch den Eintritt bestimmter Voraussetzungen.

---

44 Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Das Rechtsgeschäft, 2. Aufl., § 57 1 b, S. 903

Die Parteien begründen also, was ihnen gem. § 1028 gestattet ist, ein eigenes Ernennungsrecht des Dritten. Jedoch bleiben sie stets Herr des Ernennungsstadiums. Da allein die Schiedsvereinbarung die Grundlage für das Ernennungsrecht bildet, haben sie es in der Hand, die Befugnis des Dritten gemeinsam zu beseitigen und etwa sich selbst das Ernennungsrecht einzuräumen.

Gegen das hier gewonnene Ergebnis spricht nicht, daß nach allgemeiner und zutreffender Ansicht die Parteien mit der Einräumung des Ernennungsrechts den Dritten gleichzeitig bevollmächtigen, mit dem Ernannten in ihrem Namen den Schiedsrichtervertrag abzuschließen.[45] Während nämlich die Ernennung selbst keine schuldrechtlichen Verpflichtungen hervorruft und folglich von dem Dritten, der dabei kein eigenes Interesse verfolgt, unbedenklich im eigenen Namen aufgrund eigenen Rechts vorgenommen werden kann, bildet der Schiedsrichtervertrag die Rechtsgrundlage für den Anspruch auf Übernahme des Schiedsrichteramtes bzw. auf Vergütung für diese Tätigkeit.[46] Dieses Rechtsverhältnis soll natürgemäß zwischen den an der Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens interessierten Parteien und den Schiedsrichtern begründet werden.

B. Die Verpflichtung des Dritten, dem Ernennungsersuchen der Parteien nachzukommen

Es bleibt die praktisch bedeutsame Frage zu klären, ob die Parteien den Dritten dazu anhalten können, ihrem Ernennungsersuchen nachzukommen. Gleichgültig wie man die Schiedsvereinbarung einstuft, ob mit der Rechtsprechung als materiellrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen [47] oder mit einem Teil der

---

45 Schwab, Festschrift für Schiedermair (1976), S. 508; Lüdtke, Der Schiedsrichtervertrag, S. 24. Ihre Ansicht geht auf die Auffassung des Reichsgerichts zurück, daß das receptum arbitri auch bei der Parteiernennung mit beiden Parteien und nicht nur mit der ernennenden zustande kommt, vgl. RGZ 59, 247 (252); 94, 210 (211)

46 Rosenberg/Schwab, § 175 III 2 a, S. 1031

47 BGHZ 23, 198 (200); 40, 320 (322); RGZ 144, 96 (98)

Literatur als Prozeßvertrag [48], so kann sie Rechtspflichten nicht zu Lasten eines Dritten begründen. Verpflichtungsverträge zu Lasten Dritter akzeptiert die deutsche Rechtsordnung nicht.[49] Ganz allgemein wird denn auch eine Verpflichtung des Dritten, die ihm angetragene Aufgabe zu übernehmen, abgelehnt.[50] Nur dann, wenn besondere Umstände zu der bloßen Parteivereinbarung hinzutreten, kann etwas anderes gelten.

I. Zuständigkeitsbegründende Parteivereinbarung

Der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts hat die Auffassung vertreten, daß die Parteien seine Amtszuständigkeit für die Ernennung von Schiedsrichtern vereinbaren können [51], eine Ansicht, die für das deutsche Recht von Schlosser geteilt wird.[52] Diese Haltung verleitet zu dem Schluß, daß bereits die Bezeichnung einer Behörde, z.B. des Gerichtspräsidenten als Justizverwaltungsorgan, einen Umstand darstellt, der eine rechtliche Verpflichtung der Ernennungsinstanz begründet. Jedoch wird diese Konsequenz weder vom Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts noch von Schlosser gezogen. Der Präsident hat die Frage einer rechtlichen Verpflichtung ausdrücklich offengelassen.[53] Seine Ansicht von der zuständigkeitsbegründenden Parteivereinbarung, deren Richtigkeit aus rechtsvergleichender Sicht noch an anderer Stelle zu überprüfen sein wird, ist daher so zu verstehen, daß die Parteien staatlichen Organen das Ernennungsrecht zu amtlicher Eigenschaft übertragen können, ohne daß daraus gleichzeitig eine Verpflichtung des Dritten folgt.

---

48 Stein-Jonas-Schlosser, § 1025 Anm. I 1 m.w.N.; Rosenberg/Schwab, § 174 II, S. 1016; Schiedermair, Vereinbarungen im Zivilprozeß, S. 104; a.A. Baumbach-Lauterbach-Albers, § 1025 Anm. 1; Lorenz, AcP 157 (1958/59), 265 (284)

49 Larenz, Schuldrecht, Bd. 1, § 17 IV, S. 191

50 Schlosser, Bd. 1, Nr. 518; Arnold, NJW 1968, 781 (782); P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 374; Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 289; ders., BYIL 42 (1967), 1 (19); Mittelstein, HansRZ 1926, Sp. 41 (47); Sieg, JZ 1958, 719 (724)

51 BGE 93 I 345 (348) unter Bezugnahme auf BGE 88 I 100 ff, wo dies aber nicht ausgesprochen ist.

52 Stein-Jonas-Schlosser, § 1028 Anm. I 2; Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 297

II. Verpflichtung kraft Gewohnheitsrechts

Der Blick auf die Rechtslage in der Schweiz und auf die Praxis in der sog. internationalen Schiedsgerichtsbarkeit liefert im vorliegenden Zusammenhang weitere Anhaltspunkte. So hat der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts in seinem zitierten Entscheid im 88. Band [54] die Möglichkeit angedeutet, daß Gewohnheitsrecht die Grundlage bildet, wenn er aufgrund übereinstimmenden Wunsches der Parteien die Schiedsrichterernennung vornimmt.[55] Ohne abschließende Äußerung hat er dem die Möglichkeit bloß tatsächlicher Übung gegenübergestellt. In der Tat ist es angesichts der Bedeutung, die die Bildung des Schiedsgerichts gerade in internationalen Schiedsstreitigkeiten für die Durchführbarkeit des Verfahrens hat, nicht abwegig, aus der häufigen Bestellung von Schiedsrichtern durch bestimmte Personen auf eine gewohnheitsrechtliche Verpflichtung solcher Amtsinhaber zu schließen. Der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts und der Präsident des Internationalen Gerichtshofes sind Beispiele dafür, daß bestimmte Amtsinhaber immer wieder in Verträgen als Ernennungsstellen bezeichnet werden.[56]

Andererseits offenbaren aber gerade die beiden genannten Ämter die Zurückhaltung, mit der die Ernennungsfunktion ausgeübt wird.[57] Der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts pflegt nur dann tätig zu werden, wenn entweder beide Parteien einverstanden sind oder wenigstens keine Einwendungen gegen die Schieds-

---

54 A.a.O.

55 Die Bildung von Gewohnheitsrecht hat zwei Faktoren zur Voraussetzung: 1. ständige Übung in der Rechtsgemeinschaft, 2. eine sich darin manifestierende Rechtsüberzeugung, vgl. Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1. Hb., § 88, S. 261.

56 Schiedsrichterernennungen durch den Präsidenten des IGH werden regelmäßig im ICJ Yearbook unter "other activities" berichtet. Eine der jüngsten Ernennungen erfolgte 1974 im Schiedsgerichtsverfahren der Texaco Overseas Petroleum Co. und der California Asiatic Oil Co. gegen die Regierung der Lybisch-Arabischen Republik, ICJ Yearbook 1974-1975, S. 123.

57 Vgl. die entsprechende Bemerkung von P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 385.

vereinbarung erhoben werden.[58] Was den Präsidenten des IGH anbetrifft, so wird dessen Zurückhaltung im Jahrbuch des Gerichtshofes ausdrücklich angezeigt.[59]

Unter solchen Umständen kann nicht davon gesprochen werden, daß sich eine Oberzeugung sowohl potentieller Schiedsgerichtskontrahenten als auch potentieller Dritter herausgebildet hat, mit der Bezeichnung einer Ernennungsstelle sei die Bildung des Schiedsgerichts nur noch Frage eines entsprechenden Antrags. Bestätigt wird dieses Ergebnis dadurch, daß konsequent durchdachte Schiedsvereinbarungen sicherheitshalber eine Mehrzahl von Ernennungsstellen vorsehen.[60] Die Ernennungspraxis zahlreicher Gerichtspräsidenten, Handelskammerpräsidenten, usw. beschränkt sich also auf rein tatsächliche Übung und wird von einsichtigen Parteien auch so eingeschätzt. Eine Verpflichtung des Amtsinhabers folgt aus dieser Praxis nicht. Lehnt er es daher ohne Angabe von Gründen ab, sich mit einem Ernennungsgesuch zu befassen, so trifft ihn deswegen kein rechtlicher Nachteil.

III. Verpflichtung aufgrund einer vorherigen Erklärung des Dritten

In vielen Fällen der Schiedsgerichtspraxis wird sich über die Schiedsvereinbarung und eine ständige Ernennungspraxis hinaus eine Erklärung des Dritten finden, mit der er schon vor dem Ernennungsgesuch seine Bereitschaft zur Bestellung der Schiedsrichter erklärt hat. Insbesondere an zwei Formen ist dabei zu denken.

1. Zurverfügungstellen einer Schiedsgerichtsordnung

Einmal fordern die Schiedsgerichtsordnungen der meisten ständigen Schiedsgerichte, die die Ernennung durch Trägerorganisationen

---

58 BGE 93 I 345 (348); 88 I 100 (104-105)

59 ICJ Yearbook 1976-1977, S. 41. Diese Zurückhaltung wird von dem ehemaligen Präsidenten Muhammad Zafrulla Khan in Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1026) bestätigt.

60 Siehe z.B. die Ernennungsklauseln in dem Sapphire-Fall, oben, Fn 29

vorsehen, zur Durchführung des Verfahrens unter ihrer Obhut auf [61] und besagen damit inzidenter, daß die Parteien auf den vorgegebenen Ernennungsmechanismus vertrauen können.[62] Ist eine Partei Mitglied der Organisation, so ist der Kreis der Rechtsbeziehungen geschlossen. Das Mitglied besitzt dann aufgrund der Mitgliedschaft einen klagbaren Anspruch auf Tätigwerden der Ernnenungsstelle.[63] Sieht die Schiedsordnung die Erledigung von Streitigkeiten zwischen Mitgliedern und Nichtmitgliedern vor, so kann das Nichtmitglied aufgrund der Schiedsvereinbarung die Geltendmachung dieses Anspruchs durch das Mitglied verlangen.[64]

Besteht eine derartige unmittelbare Rechtsbeziehung im Verhältnis der Beteiligten nicht, so bedeutet die Tatsache, daß die Organisation ihre Tätigkeit als Ernennungsstelle uneingeschränkt zur Verfügung stellt [65], noch kein Angebot auf Abschluß eines entsprechenden Auftragsvertrages. Verständigen Parteien muß es deutlich werden, daß die Organisation immer nur im Rahmen ihrer Kapazität Ernennungen vornehmen kann. Das Anbieten der Verfahrensordnung wird daher stets unter diesem Vorbehalt stehen und ist als invitatio ad offerendum aufzufassen. Eine Verpflichtung liegt darin noch nicht.[66] Andererseits zeigt sich in der Aufforderung, von der Verfahrensordnung Gebrauch zu machen, ein Verpflichtungswille für die Zukunft, der von einer ständigen Er-

---

61 Beispielsweise die Schiedsklauseln des Deutschen Ausschusses für Schiedsgerichtswesen, Schlosser, Bd. 2, S. 204, sowie der IHK, oben, Fn 11; vgl. ferner die der American Arbitration Association, oben, Fn 12

62 Es sei denn, die Schiedsgerichtsordnung schlösse dies besonders aus, wofür sich Beispiele bei Reimer/Mußfeld, S. 64, finden.

63 Reimer/Mußfeld, S. 204

64 Vgl. Sieg, JZ 1958, 719 (724)

65 Siehe Art. 2 Ziff. 1 der Vergleichs- und Schiedsgerichtsordnung der IHK

66 Reimer/Mußfeld, S. 204; Schottelius, Die kaufmännische Schiedsgerichtsbarkeit, S. 83; Sieg, JZ 1958, 719 (724)

nennungspraxis noch unterstrichen wird. Lehnt die Organisation daher im Streitfalle die Ernennung ab, ohne daß sich dafür organisatorische Gründe finden lassen, so macht sie sich aufgrund der Verletzung eines vorvertraglichen Vertrauensverhältnisses schadensersatzpflichtig.[67]

2. Die vorherige Unterbreitung der Ernennungsklausel

In der ad-hoc Schiedsgerichtsbarkeit kommt es häufig vor, daß die Parteien unmittelbar nach oder noch vor Abschluß ihrer Schiedsvereinbarung den Dritten bitten sich zu erklären, ob er mit der Obertragung der Ernennungsbefugnis einverstanden ist. Führt dies dazu, daß die Schiedsvertragsparteien und der Dritte eine Vereinbarung treffen, in welcher der Dritte unmißverständlich verspricht, die Ernennung erforderlichenfalls durchzuführen, so kann an der Verpflichtung des Dritten kein Zweifel bestehen. Derartige Fälle sind jedoch nicht berichtet.

Häufig wird der Dritte vielmehr erklären, daß er mit der Obertragung der Ernennungsbefugnis einverstanden sei oder daß er kein Hindernis erblicke, welches dem entgegenstehe. Als bekanntestes Beispiel ist hier die Praxis des Präsidenten des IGH zu nennen [68], die, wie das Beispiel des Anglo-Iranian Oil Co.-Falles zeigt, auch schon in der Zeit des Vorgängers des IGH, des Ständigen Internationalen Gerichtshofs, so gehandhabt wurde.[69]

Die Schiedsvertragsparteien wollen sicher so viel Rechtswirkung wie möglich erzielen, wenn sie dem Dritten die Schiedsvereinbarung unterbreiten und ihn zu einer zustimmenden Erklärung auffordern. Ist der Dritte ein Amtsträger, so wird es u.U. ihr Ziel

---

67 Ob dies der Auffassung entspricht, die Schlosser, Bd. 1, Nr. 518, vertritt, läßt sich aus seiner Äußerung nicht mit Sicherheit schließen.

68 ICJ Yearbook 1976-1977, S. 41

69 ICJ Pleadings, Anglo-Iranian Oil Co. Fall (United Kingdom v. Iran), S. 272, Brief des Registrar des IGH an den Staatssekretär im Außenministerium des Vereinigten Königsreiches

sein, den derzeitigen Amtsinhaber zu binden sowie seine Nachfolger im Amt zu verpflichten. Ein rechtsvergleichender Blick auf die Praxis des Präsidenten des IGH zeigt jedoch dessen schon oben erwähnte vorsichtige Haltung bei der Ernennung von Schiedsrichtern, ein erster Punkt, der einer Auslegung seiner Antwort als Zustimmungserklärung entgegenstünde. Ferner sei auf den Anglo-Iranian Oil Co.-Fall hingewiesen, wo die Wortwahl des Antwortschreibens an der rechtlichen Bedeutung seiner Erklärung keinen Zweifel läßt.[70)] Es heißt, daß ein Hinderungsgrund für eine künftige Ernennungstätigkeit nicht gesehen wird. Das bedeutet nicht mehr, als daß grundsätzlich die Ernennungsaufgabe nicht mit anderen Aufgaben des Präsidenten kollidieren werde.[71)] Jedoch wird mit einer solchen Antwort eben nur der Übertragung der Befugnis, nicht jedoch der Begründung einer Verpflichtung zugestimmt. Daß die Parteien etwas anderes beabsichtigten, ist rechtlich ohne Bedeutung.

Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Erklärung eines Amtsträgers Nachfolger im Amte ebenfalls nicht bindet. An einer privatrechtlichen Grundlage für eine solche Verpflichtungswirkung, die ein Dritter zu Lasten seiner Nachfolger begründen könnte, fehlt es ohnehin. Selbst wenn man aber einmal unterstellt, daß die Parteien den Dritten in seiner amtlichen Eigenschaft erreichen können, so läßt schon der objektive Gehalt seiner Erklärung eine verpflichtende Wirkung nicht zu.[72)] Dem entspricht es, daß der Gerichtshof die Anfragen der Parteien als "Konsultation" bezeichnet.[73)] Darin kommt der unverbindliche Charakter

---

70 A.a.O. In diesem Fall kam hinzu, daß der Gerichtshof und nicht der Präsident selbst die Zustimmung ausgesprochen hatte.

71 Ob eine derartige Feststellung allerdings überhaupt erforderlich war, erscheint zweifelhaft. Dies greift auf die Frage vor, ob Amtsinhaber die Ernennungsfunktion in privater oder amtlicher Eigenschaft übernehmen.

72 Daher bedarf es der Untersuchung Khans, Comunicazione e Studi XIV (1975), 1021 (1035), ob das Amt des Präsidenten Rechtspersönlichkeit besitzt und damit als solches verpflichtet werden kann, nicht.

73 Im ICJ Yearbook 1976-1977, S.41, heißt es:

> "In such cases, too /wenn auch Private und nicht nur Völkerrechtssubjekte am Schiedsvertrage beteiligt sind/ the usual practice is to consult the President in advance and to submit the draft contract to him."

zum Ausdruck, so daß die Parteien, die beim Abschluß solcher Schiedsvereinbarungen umfassend rechtlich beraten sein sollten, von vornherein gar nicht damit rechnen können, daß eine positive Antwort des Präsidenten des IGH zusätzliche Rechtspflichten im Verhältnis der Beteiligten begründet.

In diesem wie in anderen Fällen werden die Parteien sich vielmehr auf das Gewicht des Wortes des jeweiligen Amtsträgers verlassen müssen. In der Regel werden sie damit nicht enttäuscht werden [74], denn die Erklärung, die Übertragung der Ernennungsbefugnis werde akzeptiert, übt zweifellos einen starken moralischen Druck auf die Haltung der Nachfolger aus.[75]

IV. Die Ernennungsaufgabe als Ehrenamt

Diese Feststellung zeigt, daß ein Kapitel über die Beziehungen zwischen den Beteiligten unvollständig wäre, wenn nicht auch aufgezeigt würde, wie der Dritte den Parteien auch ohne rechtliche Bindung gegenübersteht. Wenn nämlich auch eine Verpflichtung des Dritten, die Ernennungsaufgabe zu übernehmen, nur bei entsprechender ausdrücklicher Erklärung besteht, so bedeutet dieser Umstand doch keinen allzu großen Unsicherheitsfaktor für die Parteien. Die Persönlichkeiten, die gewöhnlich als Dritte benannt werden, sehen die Ernennungsaufgabe als Ehrenamt, als "nobile officium" an.[76] Wird dieser Begriff auch meistens verwandt, um die fehlende rechtliche Verpflichtung des Dritten zu verdeutlichen [77], so bedeutet er doch andererseits auch, daß der Dritte bestrebt sein wird, dem Willen der Parteien Geltung zu verschaffen. Zur Unterstützung kann hier

---

74 Auch im Anglo-Iranian Oil Co. Fall war es nicht so, daß der Präsident des IGH jedes Tätigwerden abgelehnt hatte mit der Begründung, er sei zur Ernennung nicht verpflichtet. Die Probleme lagen vielmehr in der Beurteilung des Charakters der Aufgabe sowie in einer Frage der Vertragsauslegung.

75 Vgl. Mann, BYIL 42 (1967), 1 (21 Fn 3)

76 Mann, a.a.O.; ders., Festschrift für Schnitzer (1979), S. 289; Mittelstein, HansRZ 1926, Sp. 41 (47); Pirrung, RIW/AWD 1977, 513 (514)

77 Arnold, NJW 1968, 781 (782)

die in der Einleitung erwähnte Tatsache herangezogen werden, daß Problemfälle nur in geringer Anzahl veröffentlicht sind. Die moralische Verantwortung, den Ernennungsmechanismus der Parteien zu Fall gebracht zu haben [78], wird sich der Dritte nicht aufladen wollen.

4. Kapitel
Die Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung durch Dritte

Gerade weil die Parteien in der Regel keine rechtliche Möglichkeit besitzen, den Dritten zur Obernahme der Ernennungsaufgabe zu zwingen, ist es entscheidend, daß sich der Dritte nicht durch unzutreffende Überlegungen gehindert sieht tätig zu werden, mit anderen Worten, daß er seine Aufgabe richtig charakterisiert und entsprechend ausübt. Hier liegt das Hauptproblem der Untersuchung. Denn je nachdem ob die Ernennungstätigkeit als Rechtsprechung, schiedsgutachterliche Tätigkeit, verfahrensrechtliche Unterstützungsmaßnahme oder rein tatsächliche Handlung einzustufen ist - um die in Betracht kommenden Möglichkeiten aufzuzählen -, wird die Beurteilung der Anforderungen, die an die Person des Dritten sowie an die Rechtmäßigkeit seines Handelns zu stellen sind, verschieden ausfallen.

Die Zivilprozeßordnung gibt für eine Bestimmung der Rechtsnatur der Ernennungstätigkeit nichts her. Auch der rechtsvergleichende Blick auf andere nationale Verfahrensordnungen führt nicht weiter. Und schließlich enthalten diejenigen internationalen Übereinkommen, welche die Tätigkeit Dritter gesetzlich festlegen, nämlich das Europäische Übereinkommen sowie das Weltbankübereinkommen, ebenfalls keine Bestimmungen, die einen Schluß auf den Rechtscharakter der Tätigkeit zuließen.[79]

---

78 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 289; ders., BYIL 42 (1967), 1 (19/20)

79 Art. IV EÜ enthält keinerlei inhaltliche Bestimmung. In Art. 38 WBÜ finden sich nur ein Konsultationsgebot sowie Neutralitätsanforderungen bzgl. der auszuwählenden Schiedsrichter.

In dieser Lage erscheint es angebracht, einen vergleichenden Blick auf die als Rechtsprechung charakterisierte Ernennungspraxis des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts zu werfen und zu untersuchen, ob sich aus seiner Haltung Rückschlüsse für das deutsche Recht ziehen lassen. Ihre prägnanteste Beschreibung hat diese Haltung in einer Passage des Schiedsspruchs zwischen der National Iranian Oil Co. und Sapphire International Ltd. erfahren.[80] Der Schiedsrichter, Herr Cavin, erörtert dort seine Ernennung durch den Präsidenten unter dem Gesichtspunkt "Zuständigkeit des Schiedsrichters" [81] - was völlig zutreffend ist - und stellt fest:

> "... die Entscheidung, die der Präsident des Bundesgerichts am 12. Januar 1961 in eben dieser Eigenschaft gefällt hat, ist eine richterliche Entscheidung . ... Die Zuständigkeit dieses Richters beruht auf einer Ausdehnung seines Forums, vereinbart durch die Parteien und akzeptiert von der schweizer Bundesgerichtsbarkeit. ... Die so erzielte Entscheidung ... besitzt volle Rechtskraftwirkung." [82]

Mit dieser Charakterisierung schnitt der Schiedsrichter Cavin den Einwand der schiedsbeklagten National Iranian Oil Co., die Voraussetzungen für seine Ernennung hätten nicht vorgelegen, von vornherein ab mit der Folge, daß die Gesellschaft den Verhandlungen des Schiedsgerichts fernblieb und ihren Einwand im Stadium der Vollstreckung des Schiedsspruchs sofort wieder aufgriff.[83]

---

80 Schiedsspruch vom 15. März 1963, ILR 35 (1967), 136 ff

81 A.a.O., S. 166 ff

82 Der englische Text, a.a.O., S. 167, lautet wie folgt:

> "... the decision given on January 12, 1961, by the President of the Federal Court, in his capacity as such, is a judicial decision ... The jurisdiction of this judge results from an extention of his forum agreed upon by the parties an accepted by Swiss Federal jurisdiction ... The decision thus reached ... has the full force of res judicata."

83 Siehe die Urteile des erstinstanzlichen Gerichts von Teheran, ILM 9 (1970), 1118 (1124) und des Berufungsgerichts Den Haag, ILM 9 (1970), 152 ff

Das Problem, das sich stellt, lautet: Wurde hier nicht der Schiedsrichterernennung durch Dritte eine rechtliche Wirkung zugemessen, die ihr in Wirklichkeit nicht zukommt? Ausgehend von der Argumentation des Schiedsrichters Cavin soll diese Frage im folgenden für das deutsche Recht geprüft werden, wobei rechtsvergleichend auf ausländisches Material zurückgegriffen werden wird.

A. Die Trennung von gesetzlicher Zuweisung, Amtsbezeichnung und Parteivereinbarung

Bei der Beurteilung des Rechtscharakters schafft die Tatsache viel Verwirrung, daß die Parteien den Dritten sehr häufig mit seiner Amtsstellung bezeichnen und nicht eine individuell bestimmte Person in der Schiedsvereinbarung festlegen. Wird beispielsweise der Vorsitzende einer Kammer für Handelssachen oder ein Gerichtspräsident mit der Ernennung betraut, so ist die Charakterisierung seiner Tätigkeit als richterliche Entscheidung weitaus wahrscheinlicher als wenn dem Präsidenten einer Industrievereinigung oder dem Privatmann Meier die Rolle des Dritten zugewiesen wird.[84)] Daher soll zunächst das Verhältnis von öffentlichem Amt, gesetzlicher Zuweisung und Parteivereinbarung in ihrer Auswirkung auf die Charakterisierung der Ernennung durch Dritte geklärt werden.

Was die gesetzliche Zuweisung der Ernennungstätigkeit angeht, so sind die wesentlichen Ausführungen dazu bereits im 1. Kapitel bei der Abgrenzung des Themas gemacht.[85)] Es soll hier nochmals betont werden, daß die Schiedsrichterernennung durch staatliche

---

84 Bestätigt wird dies dadurch, daß die veröffentlichten Problemfälle ausnahmslos Ernennungen durch Gerichtspräsidenten betreffen. Siehe den Anglo-Iranian Oil Co. Fall, oben Fn 69, das soeben erwähnte Sapphire International Schiedsgerichtsverfahren sowie zwei weitere Ernennungen durch den Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts, BGE 78 I 352 ff und 88 I 100 ff, die noch besprochen werden.

85 Siehe oben, S. 6/7

Gerichte gemäß § 1029 Abs. 2 kraft gesetzlicher Zuweisung einen richterlichen Akt darstellt [86], und zwar aus formellen Gründen. Fraglich muß aber auch insoweit der materielle Gehalt der Entscheidung sein. Ist die Aufgabe einer Behörde gesetzlich zugewiesen [87], so steht gleichzeitig fest, daß sie in Ausübung ihrer Amtsbefugnisse handelt. Mehr folgt jedoch aus diesem Umstand nicht. Da Behörden keine richterlichen Entscheidungen treffen, ist damit insbesondere keine Aussage über die Qualifizierung der Ernennung als richterliche Entscheidung verbunden. Bei der gesetzlichen Zuweisung der Ernennungstätigkeit wird also deutlich, daß eine Wechselwirkung zwischen öffentlichem Amt und Rechtscharakter der Ernennung nur ausnahmsweise, nämlich bei staatlichen Gerichten, besteht.

Beruht die Ernennungsbefugnis auf der Schiedsvereinbarung - und allein dann ist ja von Auswahl und Bestellung durch Dritte zu sprechen - so sind andere gedankliche Schritte erforderlich. Als erstes ist dann zu entscheiden, ob die Parteien dem mit seiner Amtsstellung bezeichneten Dritten die Schiedsrichterernennung auch in seiner Funktion als Amtsträger übertragen wollten. Ist das zu bejahren, so ist weiter zu untersuchen, ob es in ihrer Rechtsmacht steht, die Zuständigkeit dieses Amtes zu begründen, ob also die Rechtsordnung eine derartige Zuständigkeitserweiterung durch die Parteien zuläßt. Sodann folgt die eigentlich entscheidende Überlegung, ob aus der sonstigen Amtstätigkeit Schlüsse auf den Rechtscharakter der Ernennung gezogen werden können. Legt man diese Reihe gedanklicher Schritte zugrunde, so hat der Schiedsrichter Cavin im Sapphire-Schiedsspruch den ersten und letzten Schritt nicht erörtert. Vielmehr erschienen sie ihm selbstverständliche Voraussetzung bzw. Folge seiner Feststellung, daß die schweizer Bundesgerichtsbarkeit die Zuständigkeitsbegründung durch die Parteien zulasse.[88] Das ist jedoch eine unzulässige Vereinfachung.

---

86 Das gilt gem. §§ 1029, 1045 für die Bundesrepublik, trifft aber auch auf andere Rechtsordnungen zu, beispielsweise Art. 12 i.V.m. Art. 45 Ziff. 1 und Art. 3 Buchstabe a des schweizer Konkordats von 1969, vgl. Haberscheid, Droit judicaire privé Suisse, § 84 I 4, S. 514/515

87 Hier sei vor allem nochmals auf Art. IV EÜ hingewiesen

88 ILR 35 (1967), 136 (167)

B. Die Bezugnahme der Schiedsvereinbarung auf ein öffentliches Amt, insbesondere auf Justizorgane

Entsprechend den vorstehenden Ausführungen soll zuerst die praktisch häufige Konstellation untersucht werden, in der der Dritte in der Schiedsvereinbarung mit seiner Amtsstellung bezeichnet wird.

I. Äußere Merkmale der Ernennung

Wird ein Justizorgan mit der Ernennungsaufgabe betraut, so wird teilweise schon von der äußeren Form, in der die Bestellung der Schiedsrichter bzw. ihre Versagung erfolgt, auf eine richterliche Entscheidung geschlossen. P. Lalive vertritt diese Ansicht im Hinblick auf die Praxis des schweizer Bundesgerichtspräsidenten.[89] Den richterlichen Charakter der Ernennung im Sapphire-Fall begründet er u.a. damit, daß der Präsident eine "Verfügung" erlassen und das Oberprüfungsersuchen der National Iranian Oil Co. durch "Entscheid" zurückgewiesen habe. Ferner, so führt P. Lalive aus, habe der Präsident die Ernennung wie eine richterliche Entscheidung abgefaßt und sie auf Amtspapier versehen mit dem bundesgerichtlichen Siegel erlassen. Schließlich zeige die Veröffentlichung ähnlicher Entscheide in der offiziellen Entscheidungssammlung des Bundesgerichts [90], daß es sich nicht um eine private Meinungsäußerung handeln könne.[91]

P. Lalive ist zuzugeben, daß die "Entscheide" des Präsidenten, insbesondere der im 93. Band veröffentlichte [92], nach außen hin Züge richterlicher Entscheidungen tragen. Dies ist jedoch auch die einzige Feststellung, die sich damit verbinden läßt,

---

89 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 381

90 P. Lalive, a.a.O., Fn 20, erwähnt speziell die Entscheide BGE 88 I 100 ff und 93 I 345 ff

91 Die vorstehenden Ausführungen finden sich sämtlich a.a.O., S.381

92 BGE 93 I 345 ff

denn für die rechtliche Beurteilung kann es nicht ausschlaggebend sein, wie der Dritte seine Aufgabe auffaßt und dies nach außen hin zum Ausdruck bringt.[93] Vielmehr ist die objektive Rechtslage maßgebend. Allenfalls was den Rechtsschutz der betroffenen Partei angeht, kann der Form, in der die Ernennung ergeht, Bedeutung zukommen. So hat das Reichsgericht in einer Entscheidung im 53. Band [94] die Anfechtung eines Beschlusses für zulässig erachtet, mit dem der Vorsitzende einer Zivilkammer einen Schiedsrichter ernannt hatte, obwohl das Reichsgericht gleichzeitig erkannte, daß der Vorsitzende die Ernennung nur als Privatmann vornehmen konnte und daher die Aufhebung des Beschlusses durch das Oberlandesgericht bestätigte.[95] Es ging also lediglich um die Möglichkeit der Beseitigung einer formellen Beschwer. Dagegen konnte die Form des Beschlusses der Ernennung keine über ihren materiellen Gehalt hinausgehende Rechtswirkung verschaffen.

Auch in der Frage der Form zeigt sich wieder die Verquickung von öffentlichem Amt und Ernennungsfunktion. Hätten die Parteien im Sapphire-Fall den amtierenden Präsidenten lediglich mit Namen bezeichnet und hätte dieser auf Amtspapier eine Verfügung getroffen, so wäre wohl auch P. Lalive weniger geneigt gewesen, die Rechtsnatur der Tätigkeit mit Argumenten zur Form zu belegen.[96]

II. Die Bedeutung der Amtsbezeichnung nach dem Willen der Parteien

Gibt also die Form, in welcher der Amtsinhaber die Ernennung vornimmt, keinen Aufschluß über den Rechtscharakter seiner Tätigkeit, so muß schrittweise nach den oben [97] dargelegten Grundsätzen vorgegangen werden. Danach lautet die erste Frage: Welche Bedeutung kommt überhaupt der Tatsache zu, daß die Parteien ein

---

93 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 292

94 RGZ 53, 1 ff

95 RG., a.a.O., S. 3-4. P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 383-384, lehnt eine Revisionsmöglichkeit für die Ernennungsentscheide des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts gerade ab.

96 Es bleibt anzumerken, daß die vom Präsidenten gewählte Form es allerdings überhaupt ermöglicht hat, daß seine Ansicht durch die Veröffentlichung in der amtlichen Sammlung des Bundesgerichts nach außen gelangte.

97 S. 30

öffentliches Amt zur Bezeichnung des Dritten verwenden? Diese Frage wird in Rechtsprechung und Literatur unterschiedlich beantwortet.

Das Reichsgericht hat sich in einer Reihe von Entscheidungen dazu geäußert und entschieden, daß die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf eine Handelskammer auch als solche anzusehen sei [98], die Ermächtigung eines Gerichts dagegen nicht in Betracht komme [99] und die Ermächtigung eines bestimmten Richters oder eines Gerichtspräsidenten so ausgelegt werden müsse, daß die jeweils amtierende Person die Ernennung als Privatmann vornehmen solle.[100] In all diesen Fällen orientierte das Reichsgericht seine Deutung der Ernennungsklausel an der Überlegung, ob es zulässig sei, eine bestimmte Behörde oder ein Organ als Dritten einzusetzen. Im Falle der Handelskammer sah es die Ernennungsfunktion als mit deren Geschäftsbereich vereinbar an [101], im Falle des Vorsitzenden einer Zivilkammer dagegen schloß das Gericht aus der Unvereinbarkeit der Aufgaben, daß er als Privatperson ermächtigt sei.[102]

Es erscheint demgegenüber jedoch korrekter zu versuchen, erst einmal den Willen der Parteien nach der Schiedsvereinbarung selbst festzustellen und dann, wenn diese Auslegung überhaupt zu dem Ergebnis führt, daß die Behörde als solche gemeint ist, nach der rechtlichen Zulässigkeit einer solchen Vereinbarung zu fragen. Im Einzelfall wird es nicht immer ganz leicht sein, die Vorstellungen zu ergründen, die die Parteien mit der Bezeichnung eines Amtsträgers verbinden. Generell lassen sich aber folgende Grundsätze aufstellen. Haben die Parteien einen Behördenkörper bestimmt, etwa die Handelskammer oder das Amtsgericht, so muß davon ausgegangen

---

98 RGZ 26, 371 (374); 53, 387 (388)

99 RGZ 94, 172 ff für die Ernennung von Schiedsgutachtern; ferner OLG (Hamburg) 35, 159 f

100 RGZ 53, 1 (3); ferner OLG (München) 19, 165 f

101 Vgl. RGZ 94, 172 (175)

102 RGZ 53, 1 (3)

werden, daß die Behörde auch als solche gemeint ist. Ob behördenintern der Behördenleiter [103] oder eine andere Person tätig wird, ist für die Auslegung nicht beachtlich. Jedenfalls fehlt es in solchen Fällen an Anhaltspunkten dafür, daß etwa der Behördenleiter als Privatperson ermächtigt werden soll. Betrauen demnach die Parteien beispielsweise die Handelskammer Hamburg mit der Ernennung, so ist darunter die Kammer als öffentlichrechtliche Körperschaft zu verstehen.

Davon zu unterscheiden ist die Situation, daß ein Behördenorgan in der Ernennungsklausel genannt wird, also etwa der Gerichtspräsident, der Vorsitzende Richter, usw. Hier treffen die Meinungen aufeinander, ob das Organ als solches oder der jeweilige Amtswalter als ermächtigt anzusehen ist. Von denen, die die amtliche Funktion des Dritten als Ziel der Vereinbarung betrachten, wird natürlich auf die Tatsache hingewiesen, daß es beispielsweise heißt: "der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts" und nicht: "die Person, die zur Zeit des Ernennungsgesuchs das Amt des Präsidenten innehat."[104] Jedoch kann dem Wortlaut keine große Bedeutung zugemessen werden, da es ja gerade um die Frage geht, ob die Klausel nicht im letzteren Sinne auszulegen ist.[105]

Zu diesem Ergebnis gelangt die ganz überwiegende Mehrheit der Autoren, die sich mit dem Auslegungsproblem befassen.[106] Ausgangspunkt ist die Oberlegung, daß sich die Parteien mit der Amtsbezeichnung der Qualitäten versichern wollen, die die dahinter stehende Persönlichkeit in der Regel auszeichnen: Erfahrung in rechtlichen Angelegenheiten, eine neutrale Haltung gegenüber Par-

---

103 Fellhauer/Strohbach, S. 96

104 P.Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 381

105 Das muß auch P. Lalive, a.a.O., zugeben, stellt dann aber maßgeblich auf die Form ab, in der die Ernennung ergeht.

106 Deutlich: Fellhauer/Strohbach, S. 96; v. Staff, S. 67/68; Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 291; ders., BYIL 42 (1967), 1 (20); ferner Khan, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1041 Fn 50); Mittelstein, HansRZ 1926, Sp. 41 (47),; Suratgar, Colum. J. Transn'l L. 3 (1965), 152 (187)

teien und Streitgegenstand, kurzum all die persönlichen und sachlichen Qualifikationen, die mit einem Amt der bezeichneten Art verbunden sind.[107)]

Diese Argumente werden allerdings auch für eine amtliche Tätigkeit geltend gemacht. Das Amt selbst, so führt P. Lalive aus, garantiere erst Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Amtsinhabers.[108)] Daß sich die Parteien die Anforderungen an die Person des Dritten in diesem förmlichen Sinne sichern, ist jedoch wegen der Überprüfungsmöglichkeiten durch Schiedsgericht und Gericht[109)] - die P. Lalive allerdings verneint -, nicht erforderlich. Gegen die Auslegung P. Lalive's spricht ferner, daß gerade in internationalen Schiedsstreitverfahren, und auf solche bezieht sich P. Lalive, die Parteien bestrebt sind, die Behörden eines Staates so weit wie möglich aus dem Verfahren herauszuhalten. Das wurde schon zur Ernennung durch staatliche Gerichte ausgeführt. Schaffen die Parteien sich also ihren eigenen Ernennungsmechanismus, so ist davon auszugehen, daß sie den Dritten nicht in amtlicher Eigenschaft berufen wollen, denn sonst hätten die Parteien auch in Rechnung zu stellen, daß alle sonstigen öffentlichrechtlichen Grundsätze des ausgewählten Amtes zur Anwendung kämen, auch wenn sie einer zügigen Durchführung des Verfahrens zuwiderliefen. Der Entscheid des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts im 88. Band [110)], der auf das Bestehen einer gültigen Schiedsvereinbarung abstellt, ist dafür das beste Beispiel.

Daß die amtliche Funktion zur Bezeichnung des Dritten gewählt wird, rührt neben den damit verbundenen persönlichen Qualifikationen vielmehr zusätzlich aus der zutreffenden Überlegung, daß nur so weitmöglichst gewährleistet ist, daß dann, wenn der Streit entsteht, die qualifizierte Person Auswahl und Bestellung des Schiedsrichters auch wirklich vornehmen kann. Bei Dauerrechts-

---

107 Mann, BYIL 42 (1967), 1 (22); Suratgar, a.a.O.

108 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 381

109 Siehe dazu unten, 4. Teil, S. 113-115

110 BGE 88 I 100 ff

verhältnissen bestünde die Gefahr, daß eine individuell bezeichnete Persönlichkeit die Ernennung nicht vornehmen könnte, etwa weil sie inzwischen verstorben wäre.

Der Dritte ist also als Privatmann gemeint, wenn eine Amtsstellung zu seiner Bezeichnung verwendet wird. Der Bezeichnung kommt keine andere Bedeutung zu, als wenn eine private Position den Dritten näher bestimmt.[111] Die Parteien ermächtigen nur unter zwei alternativen Voraussetzungen eine Behörde in ihrer amtlichen Funktion: Entweder wenn sie einen Behördenkörper mit der Ernennungsaufgabe betrauen oder wenn ihnen, wie im Falle des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts, nach der neuesten Ernennungspraxis eines Behördenorgans erkennbar ist, daß es diese Tätigkeit als amtliche Aufgabe auffaßt.

III. Die Zulässigkeit der Erweiterung der sachlichen Zuständigkeit durch Parteivereinbarung

Ist die Behörde als solche gemeint, so stellt sich mit Blick auf die Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung durch Dritte die weitere Frage, ob die Rechtsordnung es zuläßt, daß die Parteien die sachliche Zuständigkeit der Behörde für die Schiedsrichterernennung begründen. Hier sei noch einmal ausdrücklich darauf hingeweisen, daß es sich im Falle der Bezeichnung eines Gerichts nicht um eine Prorogationsvereinbarung handelt, denn eine solche Vereinbarung setzt voraus, daß die Aufgabe dem Gericht bereits gesetzlich zugewiesen ist.[112]

Gerichtsverfassungsgesetz und Zivilprozeßordnung halten auf die angeschnittene Frage keine ausdrückliche Antwort bereit.

---

111 Mann, BYIL 41 (1967), 1 (22), bemerkt bezüglich des Präsidenten des IGH:

> "With the greatest respect for the eminent office which the President holds, it is suggested that, when he appoints an arbitrator, he acts in no other capacity than the Secretary of the National Association of Fishmongers who is called upon to perform the same task..."

112 Vgl. Rosenberg/Schwab, § 32 IV 1, S. 151

In der Literatur ist für das deutsche Recht unter Berufung auf die Ernennungspraxis des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts behauptet worden, eine Erweiterung der Zuständigkeit durch Parteivereinbarung sei zulässig.[113] Um die Richtigkeit dieser Aussage überprüfen zu können, soll wiederum mit einem rechtsvergleichenden Ausblick begonnen werden.

1. Das Amt des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts

Obwohl das schweizer Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege keine entsprechende Bestimmung enthält [114], hat der Präsident im Jahre 1967 durch Entscheid ausgesprochen, daß die Parteien durch Vereinbarung seine Amtszuständigkeit für die Schiedsrichterernennung begründen können.[115] Die Grundlage für diese Feststellung, die sich auf vorangegangene Entscheide beruft, ist jedoch zweifelhaft.

Im ersten veröffentlichten Entscheid aus dem Jahre 1892 erklärt das Schweizerische Bundesgericht unzweideutig, daß der Präsident die Ernennung von Schiedsrichtern nicht in amtlicher Eigenschaft durchführt:[116]

---

113 Schlosser in Stein-Jonas, § 1028 Anm. I 2, ferner Bd. 1, Nr. 511 sowie Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 286 ff.

114 Gesetz vom 16. Dezember 1943, Bereinigte Sammlung 2, S. 531. Art. 6 Abs. 2 lautet:

"Dem Bundespräsidenten liegt die allgemeine Geschäftsleitung und die Oberwachung der Beamten und Angestellten ob."

115 BGE 93 I 345 (348). Dies ist der erste veröffentliche Entscheid, in welchem diese Haltung deutlich ausgesprochen wird.

116 BGE 18, 611 (617). Das folgende wörtliche Zitat stellt eine Übersetzung des französischen Textes dar, der vollständig wie folgt lautet:

"Les statuts de la Compagnie ont conféré au Président du Tribunal fédéral la mission de désigner les arbitres, mais cette mission a été dévolue à ce magistrat, non point en sa qualité de juge remplissant les obligations de son office, mais comme personalité investie de la confiance des parties; il ne se trouve point, a cet égard, dans une situation différente de celle d' un homme privé qui aurait recu le même mandat."

"... er befindet sich in dieser Hinsicht in keiner anderen Lage als ein Privatmann, dem dieselbe Aufgabe übertragen wurde."

Aus dem Entscheid des Bundesgerichts ist aber mit Blick auf die jüngsten Entscheide des Präsidenten gar nicht so sehr das Ergebnis selbst, also die Tätigkeit als Privatmann, von Bedeutung - obwohl dies nach den Ausführungen des vorangegangenen Abschnitts durchaus korrekt ist -, sondern vielmehr die Bedingtheit von privater Tätigkeit und Aufgabenverteilung zwischen Drittem und staatlichem Gericht. Die Beklagte hatte die Schiedsfähigkeit des Streitgegenstandes verneint, woraufhin der Präsident von einer Schiedsrichterernennung Abstand genommen hatte. Das Bundesgericht bestätigte diese Haltung. Es sah die mangelnde Befugnis des Präsidenten, über die Schiedsfähigkeit zu urteilen, in seiner nichtamtlichen Funktion begründet [117] und verwies die Sache an das Bezirksgericht, damit dies zunächst über die Schiedsfähigkeit entscheide.[118] In Übereinstimmung mit dieser Rechtsprechung lehnte das Bundesgericht im Jahre 1905 ein Ernennungsgesuch ab, das gemäß der Schiedsvereinbarung an das Gericht selbst gestellt worden war.[119]

Seinen deutlichsten Ausdruck findet der Zusammenhang zwischen privater Tätigkeit und fehlender Befugnis, die Schiedsvereinbarung zu überprüfen, in einem im 78. Band veröffentlichten Entscheid:[120]

---

117 Es heißt in BGE 18, 611 (617) wörtlich:

"Il s'en suit que le Président du Tribunal fédéral, n' agissant pas ainsi en vertu des attributions de sa charge, ne peut rendre en la cause un jugement au principal."

118 A.a.O., S. 619

119 BGE 31 I 599 f

120 BGE 78 I 352 (359). Der französische Originaltext lautet:

"Cette décision est éclairée par la jurisprudence ... selon laquelle, la nomination d'arbitres ne rentrant pas dans les attributions officielles du Tribunal fédéral, cette autorité se refuse à de telles nominations lorsque l'une des parties allégue l'invalidité de contract d'arbitrage ou conteste que le litige relève de ce contract".

> "Diese Entscheidung /des Präsidenten, die Ernennung wegen Bestreitens der Gültigkeit der Schiedsklausel nicht vorzunehmen, d. Verf./ wird erhellt durch die Rechtsprechung ..., wonach, da die Ernennung von Schiedsrichtern nicht in den Amtsbereich des Bundesgerichts fällt, diese Behörde solche Ernennungen ablehnt, falls eine der Parteien die Unwirksamkeit des Schiedsvertrages behauptet oder bestreitet, daß der Rechtsstreit seine Grundlage im Vertrage hat."

Erst der übernächste veröffentlichte Entscheid gibt diese Argumentation auf.[121] Die Parteivereinbarung wird jetzt als Grundlage für die amtliche Tätigkeit des Präsidenten angesehen [122], genauso wie der Schiedsrichter Cavin im Sapphire-Fall geurteilt hatte.[123] Gleichzeitig wird bemerkt, daß Bestehen und Gültigkeit der Schiedsgerichtsklausel nicht streitig seien.[124] Möglicherweise liegt ein Anlaß für die gewandelte Haltung in dem Umstand, daß es sich um eine positive Ernennungsentscheidung handelte. Bedenken hinsichtlich der Aufgabenverteilung zwischen Drittem und staatlichen Gerichten, wie sie dem Entscheid im 18. Band zugrunde lagen, warf der Fall nämlich nicht auf.

Anders war dies hingegen in dem unmittelbar vorangehend veröffentlichten Entscheid, der das Bindeglied in der veränderten Haltung darstellt [125] und der zur Begründung der jurisdiktionellen Natur der Schiedsrichterernennung durch den Präsidenten herangezogen wird.[126] Gegen das Ernennungsgesuch hatte die Gesuchsgegnerin eingewandt, daß der Schiedsvertrag erloschen sei, und ferner, daß der Vertrag spanischem Recht unterstehe, wonach die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf Dritte unwirksam sei.[127] Aufgrund dieser Einwände lehnte der Präsident eine Er-

---

121 BGE 93 I 345 ff

122 A.a.O., S. 348

123 ILR 35 (1967), 136 (167)

124 BGE 93 I 345 (348)

125 BGE 88 I 100 ff

126 Schiedsrichter Cavin, ILR 35 (1967), 136 (167); P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 381; auch BGE 93 I 345 (348) stützt sich auf diesen Entscheid.

127 Vgl. dazu unten, 3. Teil, Fn 8

nennung ab.[128] Er führte jedoch, obiter dictum, aus, daß der Präsident des Bundesgerichts, wenn er in seiner Eigenschaft als Inhaber dieses Amtes bezeichnet werde, bei Einverständnis beider Parteien die Ernennung vornehme, wobei er, wie bereits erwähnt, offenließ, ob dies auf bloßer Übung oder Gewohnheitsrecht beruhe.[129]

Sieht man diesen "Entscheid" im Zusammenhang mit der Reihe früherer Entscheidungen des Bundesgerichts, so läßt sich schwerlich einsehen, daß hier die Erweiterung der Amtszuständigkeit des Bundesgerichtspräsidenten anerkannt worden sein soll. Indem der Entscheid ausdrücklich betont, daß die Schiedsvereinbarung selbst außer Streit sein muß, um die Ernennung herbeizuführen, folgt er ganz der vorangehenden Rechtsprechung, die dies mit der nichtamtlichen Tätigkeit des Präsidenten begründete. Auch ist der Ansatzpunkt der früheren Entscheide, die mangelnde Prüfungsbefugnis des Präsidenten mit dem nichtamtlichen Charakter seiner Tätigkeit zu verknüpfen, zutreffend. Wenn nämlich Gerichte in ihrer amtlichen Funktion Schiedsrichter ernennen, so wird ihnen allgemein das Recht zugestanden, Gültigkeit und Tragweite der Schiedsvereinbarung festzustellen, wenn auch nicht mit bindender Wirkung, beispielsweise dem Exequaturrichter gegenüber. Diese Rechtslage gilt für die Schweiz [130] und ist auch für Deutschland anerkannt.[131] Der Bundesgerichtspräsident hat jedoch in dem Entscheid im 88. Band diese Kompetenzprüfungsbefugnis für sich gerade ausgeschlossen [132], ein weiteres Zeichen dafür, daß eine hoheitlich richterliche Tätigkeit nicht in Betracht kommt. Angesichts dessen wird man die obiter-dictum-Ausführungen in dem genannten Entscheid als ungenau und irreführend bezeichnen müssen. Der Schiedsrichter Cavin

---

128 BGE 88 I 100 (107)
129 A.a.O., S. 104
130 BGE 78 I 352 (363)
131 BGH NJW 1969, 978 (979)
132 BGE 88 I 100 (106)

hat für den Sapphire-International-Schiedsstreit aus der Bemerkung den falschen Schluß gezogen und damit die Grundlage für die unzutreffenden Ausführungen im 93. Band geschaffen.[133)]

Der rechtsvergleichende Blick auf die Ernennungspraxis des Schweizerischen Bundesgerichts ergibt also, daß dessen jüngste Haltung durch schweizer Gesetzesrecht nicht gestützt wird und auf einer Fehlinterpretation vorangegangener Entscheide beruht. Erkenntnisse für das deutsche Recht lassen sich aus dieser Praxis daher nicht herleiten.

2. Das Institut des "tiers prêconstitué"

Die französische Rechtsordnung gestattet es den Parteien, einem Richter die Ernennungsbefugnis in amtlicher Eigenschaft zu übertragen. Es handelt sich um das Institut des "tiers prêconstitué". Der Richter wird im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig und ist mit entsprechenden Befugnissen ausgestattet.[134)]

Für diesen Fall ist die Rechtslage klar: Die Schiedsrichterernennung durch den "tiers prêconstitué", die ihre Grundlage in der Vereinbarung der Parteien findet und als amtliche Funktion von der Rechtsordnung akzeptiert wird, ist ohne Rücksicht auf ihre materiellen Gehalt richterlicher Akt, d.h. in ihrer Qualifizierung vergleichbar der Ersatzernennung gemäß § 1029 Abs. 2. Mehr läßt sich jedoch aus diesem Vergleich für das deutsche Recht nicht gewinnen, da es an einer entsprechenden gesetzlichen Ermächtigung fehlt.

---

133 Die Zitate an der entscheidenden Stelle im Sapphire International-Schiedsspruch nehmen bezeichnenderweise ausnahmslos auf Schiedsrichterernennungen durch staatliche Gerichte Bezug, ILR 35 (1967), 136 (167), siehe Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 293

134 Sieg, DRiZ 1957, 27 hat dieses Institut in deutscher Sprache kurz besprochen.

3. Die Rechtslage in Deutschland

Die Haltung der deutschen Gerichte zur Frage der Zuständigkeitsbegründung durch Parteivereinbarung, insbesondere die Haltung des Reichsgerichts, die dogmatisch korrekt an dieser Stelle einzuordnen ist, wurde bereits oben geschildert.[135] Danach ist die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf Industrie- und Handelskammern unbedenklich.[136] Was Justizorgane angeht, so sah das Reichsgericht deren Wirkungskreis als durch ihr Amt strikt begrenzt an und ließ eine Erweiterung durch Schiedsvereinbarung nicht zu.[137] Diese Auffassung, die auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgericht zurückgeht [138], hat in der Literatur fast einhellige Zustimmung gefunden.[139]

Anderer Ansicht ist, wie bereits erwähnt, Schlosser.[140] Er geht zwar auch von dem Grundsatz aus, daß die Zuständigkeit der Gerichte durch gesetzliche Vorschriften, insbesondere das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung, geregelt wird, welche eine Funktionserweiterung durch Vertrag nicht vorsehen. Er hält jedoch die Zuständigkeitsbegründung für möglich, "sofern dies die Erledigung der übrigen anfallenden Aufgaben der Institution nicht stört".[141] Neben dem entscheidenden Argument der Maßgeblichkeit gesetzlicher Funktionszuweisung ist gegen die Auffassung Schlossers einzuwenden, daß erhebliche

---

135 Siehe oben, Fn 98 - 102

136 RGZ 26, 371 (374); 53, 387 (388); Mittelstein, HansRZ 1926, Sp. 41 (46/47), sieht die Schiedsrichterernennung grundsätzlich als zum Amtskreis der Handelskammern gehörig an.

137 RGZ 53, 1 (3); ferner OLG (Hamburg) 35, 159 f; siehe außerdem RGZ 94, 172 ff für den vergleichbaren Fall der Schiedsgutachterernennung durch ein Amtsgericht. Auch eine Schiedsgutachtertätigkeit durch Gerichtsbehörden wird abgelehnt, RGZ 169, 232 (237)

138 ROHG 17, 246 (251/252)

139 Balser-Bögner, Schiedsvertrag und Schiedsverfahren, S. 37; Kollmann, Die Schiedsgerichte in Industrie, Gewerbe und Handel, S. 220; v. Staff, S. 67; Arnold, NJW 1968, 781 (781/782)

140 Stein-Jonas, § 1028 Anm. I 2, ferner Bd. 1, Nr. 511 sowie Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 286 ff

141 A.a.O., Gestaltungsklagen und Gestaltungsurteile, S. 292 ff

Rechtsunsicherheit bestehen wird, wann ein Gericht die Ernennungsaufgaben ohne Kollision mit anderen Verpflichtungen übernehmen kann. Bei der notorischen Überlastung der Gerichte ist wohl generell von einer Kollision auszugehen. Ferner läge der eigentliche Vorteil einer derartigen Zuständigkeitsbegründung in der Verpflichtung des Gerichts, die Ernennung vorzunehmen. Diese Konsequenz will Schlosser aber nicht ziehen. Vielmehr kommt es ihm nur auf die hoheitliche Befugnis an.[142] Die Ansicht Schlossers, die er auch auf die - rechtswidrige - Ernennungspraxis des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts stützt [143], ist für das deutsche Recht abzulehnen. Lediglich solche Behörden, deren Aufgabenbereich gesetzlich nicht strikt eingegrenzt ist und die herkömmlich die Durchführung von Schiedsrichterernennungen übernommen haben, insbesondere die Industrie- und Handelskammern, wird man als ermächtigt ansehen können, die Aufgaben in amtlicher Eigenschaft zu übernehmen.[144]

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Benutzung einer Amtsbezeichnung zur Bestimmung des Dritten über den Rechtscharakter der Schiedsrichterernennung nichts aussagt, insbesondere kein Argument für eine richterliche Tätigkeit sein kann.[145] Die Bezeichnung von Richtern oder Gerichtspräsidenten bedeutet korrekterweise schon nach dem Willen der Parteien nicht die Einräumung eines hoheitlichen Ernennungsrechts. Soweit die Parteien, wie im Falle der Bezeichnung des Präsidenten des Schwei-

---

142 Siehe seine Ausführungen in Stein-Jonas, § 1028 Anm. I 2

143 A.a.O., Fn 17

144 In diesem Sinne v. Staff, S. 67

145 Suratgar, Colum. J. Transn'l L. 3 (1965), 152 (186), weist zutreffend darauf hin, daß der Vertrag zwischen NIOC und Sapphire International in Art. 40 für technische Streitigkeiten oder buchungstechnische Fragen die Ernennung eines Schlichters durch den Direktor der Zürcher Eidgenössischen TH bzw. den Direktor der Schweizerischen Kammer für Revisionswesen vorsah, ohne daß jemand auf die Idee verfallen würde, aus der Stellung dieser Personen einen Schluß auf den Gehalt ihrer Ernennungsaufgabe zu ziehen.

zerischen Bundesgerichts, damit rechnen müssen, daß ihre Erklärung im Rechtsverkehr anders verstanden wird, oder falls sie ein Gericht als solches mit der Ernennung betrauen, besteht sowohl nach deutschem als auch nach schweizer Recht keine Rechtsgrundlage dafür, daß die Parteien die Zuständigkeit der Gerichtsbehörden erweitern können.[146] Was die Industrie- und Handelskammern angeht, so besteht zwar Einigkeit, daß die Ernennung von Schiedsrichtern in ihren Funktionsbereich fällt. Da die Kammern jedoch keine richterlichen Akte erlassen, kann aus diesem Umstand für die Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung ebenfalls nichts hergeleitet werden.

C. Die Beurteilung der Rechtsnatur der Schiedsrichterernennung durch Dritte nach ihrem materiellen Gehalt

So wenig die Verwendung einer Amtsbezeichnung etwas für die rechtliche Charakterisierung der Ernennungsaufgabe hergibt, so wenig bedeutet das soeben unter B. gewonnene Ergebnis andererseits jedoch, daß die Auswahl und Bestellung von Schiedsrichtern durch Dritte nicht als materiell rechtsprechende Tätigkeit einzuordnen ist. Vielmehr ist der materielle Gehalt der Tätigkeit bisher völlig unberücksichtigt geblieben.

In seiner bereits mehrfach herangezogenen Besprechung des Sapphire-Falles führt P. Lalive aus, daß die Parteien, abgesehen von allen formellen Elementen, dem Dritten auch inhaltlich eine rechtsprechende Aufgabe übertrügen.[147] Im Anschluß an den Schiedsspruch des Schiedsrichters Cavin [148] argumentiert er, daß mit der Ernennungsbefugnis notwendig die Ermäch-

---

146 Die weiterführende Frage, die sich wegen des hier gewonnenen Ergebnisses nicht mehr stellt, lautete natürlich, ob die sonstige Tätigkeit des Gerichtspräsidenten einen Schluß auf den Rechtsprechungscharakter der Schiedsrichterernennung zuläßt. Gerichtspräsidenten fungieren jedoch als Verwaltungsorgane, die in der Regel Verwaltungsmaßnahmen erlassen, vgl. Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 46 II c 4, S. 376.

147 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 381/382

148 ILR 35 (1967), 136 (167)

tigung verbunden sei, die schiedsvertraglichen Ernennungsvoraussetzungen festzustellen und damit gleichzeitig die Schiedsvereinbarung zu interpretieren.[149] Zur Begründung zieht er Beispiele der Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte heran und beruft sich auf die Natur der Aufgabe, die der Dritte übernehme. Die Richtigkeit dieser Argumentation soll im folgenden für das deutsche Recht geprüft werden.

I. Vergleich mit der Funktion, die staatliche Gerichte bei der Schiedsrichterernennung ausüben

Hier geht es um die Frage, ob der materielle Gehalt der Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte im Wege des Vergleichs zur Bestimmung des Rechtscharakters der Ernennung durch Dritte herangezogen werden kann. Im Sapphire-Schiedsspruch ist dies vom Schiedsrichter Cavin bejaht und die rechtsprechende Tätigkeit des Dritten damit begründet worden, daß der Dritte wie die Gerichte zu prüfen und vorläufig zu entscheiden hätte, ob die Voraussetzungen für die Schiedsrichterernennung vorliegen.[150]

Um erkennen zu können, welche Bedeutung dieser Aussage für das deutsche Recht bezüglich des Vergleichs zwischen gerichtlicher Zwangsernennung gemäß § 1029 Abs. 2 und Tätigkeit des Dritten zukommt, ist es notwendig, die Schritte des Ernennungsvorgangs deutlich voneinander zu unterscheiden. Am Anfang stellt sich für den Dritten die Frage, ob er sich überhaupt mit dem Ernennungsgesuch befassen soll. Diese Frage berührt die rechtliche Verpflichtung des Dritten zum Tätigwerden. Besteht eine derartige Verpflichtung nicht, wie in der Regel, so muß der Dritte die Antwort auf die Frage mit sich selbst ausmachen, sozusagen eine innere Entscheidung treffen. Mit Rechtsprechung hat

---

149 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 382

150 ILR 35 (1967), 136 (167), wobei er vergleichend deutsche Rechtsprechung heranzieht.

dies nichts zu tun. Staatliche Gerichte sind mit der Frage nicht befaßt, denn ihre Verpflichtung, sich mit dem Ernennungsantrag zu befassen, besteht kraft gesetzlicher Zuweisung. Der Dritte wird sodann geneigt sein zu prüfen, ob die Ernennungsvoraussetzungen vorliegen, die die Parteien in der Schiedsvereinbarung festgelegt haben, wie z.B. das Scheitern einer vorangehenden Einigung der Parteien über die Person des Schiedsrichters. Unter Umständen wird der Dritte zu diesem Zweck auch untersuchen wollen - ob zu Recht, sei wie bei der Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen hier dahingestellt - ob die Schiedsvereinbarung wirksam ist. Dann folgt die Auswahl eines oder mehrerer Schiedsrichter und schließlich deren Bestellung.

Der Schiedsrichter Cavin und ihm folgend P. Lalive haben den zweiten Schritt, die Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen, herausgegriffen und daraus den rechtsprechenden Charakter der Ernennung durch Dritte gefolgert.[151)] Diese Argumentation erscheint jedoch in zweifacher Hinsicht falsch. Erstens handelt es sich bei der Klärung der Ernennungsvoraussetzungen um Vorfragen. Der Bundesgerichtshof hat zutreffend erklärt, daß im Verfahren nach § 1029 Abs. 2 Kern der gerichtlichen Tätigkeit die Ernennung ist [152)], also die Auswahl und Bestellung einer bestimmten Person zum Schiedsrichter. Daran, und nicht an der Prüfung von Vorfragen, muß der Rechtscharakter der Tätigkeit gemessen werden. Zweitens wird allgemein die gerichtliche Prüfung, ob die Voraussetzungen für ein Einschreiten gegeben sind, als eine dem Gericht von Amts wegen obliegende Verpflichtung zum Schutz vor ungerechtfertigter Inanspruchnahme durch die Parteien angesehen.

---

151 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 382 mit Verweis auf den Schiedsspruch

152 BGH NJW 1969, 978

Sie wird für alle gerichtlichen Tätigkeitsbereiche, auch für den Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit [153], gefordert und mithin aus einem formellen Element gefolgert, nämlich der Tatsache, daß es ein staatliches Gericht ist, welches sich mit der Angelegenheit befaßt. Ist dies aber so, so läßt sich auf diese Art und Weise die materiell rechtsprechende Funktion der staatlichen Gerichte nicht begründen. Die Anknüpfung an die Kompetenzprüfungsbefugnis staatlicher Gerichte, eine Befugnis, die für alle Bereiche der Rechtspflege und nicht nur für die rechtsprechende Tätigkeit in Anspruch genommen wird, bedeutet einen Zirkelschluß.

Wie hingegen der Kern der Zwangsernennungstätigkeit, die Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter durch die Gerichte, rechtlich einzuordnen ist, darüber existieren in Rechtsprechung und Literatur keine genauen Äußerungen. Dies liegt daran, daß die Frage der Rechtsnatur fast ausschließlich im Zusammenhang mit der bindenden Wirkung der Ernennungsentscheidung für nachfolgende Instanzen untersuchen wird. Insoweit stellen sich jedoch bezüglich der Ernennung selbst keine Schwierigkeiten, da die Form des gerichtlichen Aktes die bindende Wirkung der Ernennung des Schiedsrichters garantiert.[154]

Den bisher einzigen Anlaß, über den materiellen Gehalt der Tätigkeit staatlicher Gerichte bei der Schiedsrichterernennung näher nachzudenken, bot die Revision des Urteilsverfahrens, das die ZPO ursprünglich für die Ernennung vorgesehen hatte.[155]

---

153 Vgl. BGHZ 24, 47 (52), der die Einhaltung der - sachlichen - Zuständigkeit als Voraussetzung für die Bindungswirkung der Bestellung eines Notvorstandes gem. § 29 BGB ansieht.

154 BGH NJW 1969, 978 (979), mit zust. Anm. Habscheid, ZZP 84 (1971), 206 (207); Baumbach-Lauterbach-Albers, § 1029 Anm. 2 B; Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. II 3; Mann, BYIL 42 (1967), 1 (26). Streit herrscht dagegen, inwieweit der Entscheidung über Vorfragen, wie Gültigkeit des Schiedsvertrages oder dessen Tragweite, Bindungswirkung zukommt. Gegen eine Bindungswirkung für die Frage der Gültigkeit der Schiedsvereinbarung z.B. BGH a.a.O.

155 § 871 der Civilprozeßordnung vom 30. Januar 1877

Als mit Gesetz vom 17. Mai 1898 [156] das Beschlußverfahren gem. § 1045 eingeführt wurde, beruhte dies auf der Überlegung, daß es sich bei den dort geregelten Fällen um außerhalb der eigentlichen Rechtsprechung liegende Tätigkeiten der Gerichte handelt.[157] Mehr läßt sich über den materiellen Gehalt der Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte nicht in Erfahrung bringen. Infolgedessen führt ein Vergleich mit der Tätigkeit der Gerichte nicht zu einem konkreten Ergebnis für die Ernennung durch vertraglich berufene Dritte.

II. Die Bestimmung des Rechtscharakters nach der Funktion des Dritten

1. Schiedsrichterliche Tätigkeit

Hätte der Dritte eine rechtsprechende Aufgabe wahrzunehmen, so wäre er Schiedsrichter, denn dies ist die einzige Form, in der nichthoheitliche Rechtsprechung ausgeübt wird.[158] Dabei muß wiederum zwischen der Beurteilung der Ernennungsvoraussetzungen einerseits und der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter andererseits unterschieden werden.

Was die Ernennungsvoraussetzungen angeht, so ist der Fortgang des Schiedsgerichtsverfahrens bei Widerstand einer Partei ohnehin schon mit zahlreichen Ungewißheiten behaftet, insbesondere wenn Streitigkeiten über die Gültigkeit des Schiedsvertrages oder über die Schiedsfähigkeit des geltend gemachten Anspruchs entstehen. Schiedsgericht, und oft genug auch das staatliche Gericht aufgrund von Zwischenstreitigkeiten, werden mit der Prüfung dieser Fragen befaßt. Würde dem Dritten die Befugnis

---

156 RGBl 1898, 256 (331)

157 RGZ 47, 401 (401/402)

158 Daß Schiedsgerichtsbarkeit Rechtsprechung im materiellen Sinne ist, wird fast einhellig angenommen, vgl. die umfangreichen Nachweise bei Kornblum, S. 115-116

zugestanden, über die Ernennungsvoraussetzungen zu entscheiden, was, wie der Sapphire-Fall zeigt, die Prüfung grundsätzlicher schiedsvertraglicher Fragen erfordern kann [159], so würde ein zusätzlicher Unsicherheitsfaktor die Durchführung des Verfahrens belasten. Es kann aber nicht in der Absicht der Parteien liegen, neben staatlichem Gericht und Schiedsgericht eine weitere Instanz in das Schiedsgerichtsverfahren einzuschalten, die mit Prüfungsbefugnissen ausgestattet ist. Eben diese Stelle soll ja den reibungslosen Beginn des Verfahrens fördern. Daraus folgt, daß es dem Parteiwillen widerspricht, wenn man den Parteien unterstellt, sie hätten den Dritten mit Prüfungs- und Entscheidungskompetenzen hinsichtlich der Ernennungsvoraussetzungen ausgestattet.

Das bedeutet allerdings nicht, daß sich der Dritte nicht doch Gedanken machen kann, ob er nach dem, was die Parteien ihm vortragen, zur Ernennung schreiten will. Das Recht, eine ablehnende Haltung einzunehmen, folgt jedoch, wie schon ausgeführt, aus der mangelnden Verpflichtung zum Tätigwerden. Eine ablehnende Haltung des Dritten müssen die Parteien auch einkalkulieren, aber nicht, weil sie ihm richterliche Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse eingeräumt hätten. Bezeichnenderweise wird denn auch für den Fall der ablehnenden Haltung des Dritten nicht vertreten, daß damit eine richterliche Handlung vorgenommen wird.[160] Nichts anderes aber kann für den Fall gelten, daß der Dritte zur Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter schreitet.

Damit kann man zu einer richterlichen Funktion des Dritten nur kommen, wenn Auswahl und Bestellung selbst als rechtsprechende

---

159 Im Sapphire Fall war Voraussetzung für eine wirksame Aufforderung zur Schiedsrichterernennung, daß Sapphire International die Rechte aus der Schiedsklausel zwischen NIOC und Sapphire Petroleums Ltd. geltend machen konnte. Der Schiedsrichter sah die Vertragsübernahme als unstreitig an, ILR 35 (1967), 136 (166).

160 Kahn, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1028)

Tätigkeiten zu charakterisieren sind. Die wohl ganz herrschende Meinung sieht das Wesen der Rechtsprechung darin, daß ein zwischen zwei Parteien bestehender Streit durch Rechtsanwendung entschieden wird.[161] Ausgehend von dieser Begriffsbestimmung fehlt es bei der Ernennung von Schiedsrichtern durch Dritte an den Wesenselementen materieller Rechtsprechung. Zum einen entscheidet der Dritte keinen Streit [162], denn selbst wenn er im Falle der Uneinigkeit der Parteien über den von ihnen gemeinsam zu bestellenden Schiedsrichter tätig wird, geht es bei der Ernennung durch den Dritten gar nicht mehr um das Ernennungsrecht der Parteien. An dessen Stelle ist das eigene Ernennungsrecht des Dritten getreten. Zweitens braucht sich der Dritte nicht an objektiven Maßstäben, an der geltenden Rechtsordnung [163], zu orientieren, sondern er kann seine "Entscheidung" anhand persönlicher Erfahrung im Umgang mit bestimmten Personen, die für das Amt des Schiedsrichters in Betracht kommen, treffen. Gerade von diesen persönlichen Erfahrungen wollen die Parteien ja profitieren.

Führt man also die Frage des Rechtscharakters der Schiedsrichterernennung durch Dritte auf den Kern der Tätigkeit, nämlich die Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter, zurück, so wird schnell deutlich, daß eine Beurteilung als rechtsprechende Tätigkeit ausscheidet.

2. Schiedsgutachtertätigkeit

Um die Tätigkeit des Dritten mit einem geläufigen Rechtsinstitut zu erfassen, wird der Dritte mitunter als Schiedsgut-

---

161 Wolff-Bachof, Verwaltungsrecht I, § 19 I b, S. 83-84; Kornblum, S. 106/107 m.w.N.; Böttticher, ZZP 51 (1926), 201 (208)

162 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 293

163 Siehe zur Frage der Maßgeblichkeit der Rechtsnormen bei der schiedsrichterlichen Streiterledigung, Mann, Festschrift für Flume (1978), S. 53 ff sowie ZHR 130 (1969), 97 (119 ff)

achter bezeichnet [164] bzw. die Grundlage seiner Tätigkeit in den §§ 317 ff BGB gesehen.[165] In der Tat spricht auf den ersten Blick einiges für eine solche Annahme, wenn man an die vertragsergänzende Funktion eines Arbitrators und daran denkt, daß die Schiedsvereinbarung ohne Ernennung von Schiedsrichtern nicht vollziehbar ist.

Im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichsgerichts [166] wird ein Schiedsgutachtervertrag dann angenommen, wenn einem Dritten die Aufgabe zukommt, den Leistungsinhalt eines Vertrages zu ergänzen bzw. zu modifizieren (rechtsgestaltendes Gutachten) oder einen bestimmten Leistungsinhalt aufgrund seiner Sachkenntnis aufzudecken (rechtsklärendes Gutachten) oder vermöge seiner Sachkunde bestimmte Unterlagen oder Tatsachen festzustellen bzw. zu beschaffen (Tatbestandselemente feststellendes Gutachten).[167] Die Annahme eines rechtsgestaltenden Gutachtens setzt voraus, daß die Parteien wegen der noch offenen Schiedsrichterernennung zueinander in einem ergänzungsbedürftigen Leistungsverhältnis stünden. Dabei fällt auf, daß die Schiedsvereinbarung gemäß § 1028 auch ohne Vereinbarung der Ernennungstätigkeit eines Dritten Bestand hat. Die Parteien begründen mit der Einräumung der Ernennungsbefugnis an den Dritten auch kein neues, unvollendetes Leistungsverhältnis. Das ließe sich allenfalls dann annehmen, wenn man die Ernennung durch Dritte als Unterfall der gemeinsamen Schiedsrichterernennung durch die Parteien betrachtete. Jedoch haben diese mit der Bezeichnung des Dritten alle eigenen Leistungspflichten ausgeschlossen. Der Dritte handelt vielmehr anstelle der Parteien.

---

164 Kollmann, S. 215

165 Sieg, JZ 1958, 719

166 RGZ 96, 57 (60)

167 A. Blomeyer, Zivilprozeßrecht, § 71 II 1, S. 359; Kornblum, S. 97 m.w.N.; Habscheid, Festschrift für H. Lehmann, Bd. 2 (1956), S. 389 ff

Daß das Institut des Schiedsgutachters die Ernennungstätigkeit des Dritten nicht erfaßt, wird aber auch an dem Beurteilungsmaßstab, an den der Schiedsgutachter sich zu halten hat, deutlich. Rechtsgestaltende Gutachten sind dann angreifbar, wenn sie eine offenbar unbillige Gestaltung beinhalten, rechtsklärende und tatsachenfeststellende, wenn das gewonnene Ergebnis offenbar unrichtig ist.[168] In allen Fällen bedeutet dies, daß der Schiedsgutachter objektiv nachprüfbare Erwägungen anzustellen hat, wenn ihm auch ein Spielraum bis hin zur offenbaren Fehlentscheidung zugestanden wird. Im Gegensatz dazu räumen die Parteien dem Dritten, der den oder die Schiedsrichter ernennen soll, eine Befugnis ein, deren Ausübung ganz von subjektiven Erwägungen geleitet sein kann, ohne deshalb von ihnen angegriffen werden zu können.[169] Dies liegt einmal daran, daß die vertragliche Grundlage der Ernennungstätigkeit, nämlich die Schiedsvereinbarung, keine Anhaltspunkte dafür liefert, welche Schiedsrichter im konkreten Fall in Betracht kommen. Und ferner vertrauen die Parteien, wie bereits ausgeführt, ganz der persönlichen Auswahlentscheidung des Dritten.

Es ließe sich nur noch einwenden, daß die §§ 317 ff BGB in § 319 Abs. 2 BGB ebenfalls einen uneingeschränkten, gerichtlich auf offenbare Unbilligkeit nicht nachprüfbaren Entscheidungsspielraum des Dritten kennen. Diese Vorschrift, die allenfalls anwendbar wäre, stellt jedoch eine Ausnahme zu dem grundsätzlichen Charakter der Schiedsgutachtertätigkeit dar, deren Anwendung besonders vereinbart werden muß. Sie ist zur Charakterisierung des Instituts des Schiedsgutachters nicht geeignet.

---

168 So deutlich BGH NJW 1965, 150; ferner Habscheid, a.a.O., S. 801; Kornblum, AcP 168 (1968), 450 (461), bestimmt den Begriff der Billigkeit derart, daß nur eine denkbare Entscheidung "billig" i.S. der §§ 315 ff BGB ist.

169 A.A. ohne nähere Begründung Sieg, JZ 1958, 719

3. Die Schiedsrichterernennung durch Dritte als Unterstützungshandlung im Schiedsverfahren

Die Schiedsrichterernennung durch Dritte ist also mit einem gängigen Rechtsinstitut nicht zu erfassen. Sie stellt ein Rechtsgebilde eigener Art dar, dessen Rechtsgrundlage in der in § 1028 niedergelegten Gestaltungsfreiheit der Parteien zu finden ist und dessen rechtliche Beurteilung im Einzelfall auf die dem Dritten zukommende Funktion, die Parteien bei der Einleitung des Schiedsverfahrens zu unterstützen [170], gegründet werden muß. Negativ kann festgestellt werden, daß sich die Ernennungstätigkeit nicht in einer rein tatsächlichen Handlung erschöpft, wie dies etwa bei der bloßen Bezeichnung eines von vornherein feststehenden Schiedsrichters der Fall wäre. Vielmehr erzeugt die Ernennung durch den Dritten unmittelbare Rechtswirkungen, nämlich die bindende vollständige oder teilweise Bildung des Schiedsgerichts. In dieser Rechtswirkung zeigt sich die Bedeutung der Unterstützungsmaßnahme: Sie begründet die Stellung des Schiedsrichters.

D. Konsequenzen für die Ernennungstätigkeit staatlicher Gerichte

Ist die Schiedsrichterernennung durch Dritte weder Rechtsprechung noch Schiedsgutachten, sondern eine verfahrensrechtliche Unterstützungsmaßnahme eigener Art, so fragt sich natürlich, ob für die Zwangsernennung durch staatliche Gerichte nicht dasselbe gilt. Schon oben wurde ausgeführt, daß die Zwangsernennungsbefugnis von der Zivilprozeßordnung nicht als Bestandteil der Rechtsprechung im eigentlichen Sinne betrachtet wird. Vielmehr wird die Ernennungsaufgabe vereinzelt als freiwillige Gerichtsbarkeit eingestuft.[171] Dem ist zuzustimmen.

---

170 In der englischsprachigen Literatur wird dafür der Ausdruck "ministerial" function oder capacity verwandt: Khan, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1027); Mann, BYIL 42 (1967), 1 (20)

171 Prager, S. 125 Fn 1; vgl. die hypothetische Bemerkung in RGZ 94, 172 (173/174)

Jedoch ist hinzuzufügen, daß innerhalb der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die materiell sowohl Rechtsprechungs- als auch Verwaltungsaufgaben umfaßt [172], die Schiedsrichterernennung als verwaltende Rechtspflege zu qualifizieren ist.

Weder Ernennungen durch Dritte noch gerichtliche Schiedsrichterernennungen sind also Rechtsprechung. Welche rechtlichen Konsequenzen sich aus der Unterstützungsfunktion des Dritten ergeben ist im folgenden zu untersuchen.

2. Teil
Einzelne Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Schiedsrichterernennung durch Dritte

Das deutsche Recht stellt keine Normen zur Verfügung, auf die bei der Erörterung einzelner Probleme, die im Zusammenhang mit der Schiedsrichterernennung durch Dritte auftauchen, ohne weiteres zurückgegriffen werden könnte. Oben wurde schon eine Anwendung der Vorschriften über die Leistungsbestimmung durch einen Dritten, §§ 317 - 319 BGB, abgelehnt, Die Gerichte haben sich grundsätzlich noch nicht äußern müssen. Bisher sind sie nur mit dem allerdings wichtigen und noch zu behandelnden Fall befaßt gewesen, daß die Ernennung durch den Dritten scheitert. Darauf haben sie ganz überwiegend die Vorschrift des § 1033 Ziff. 1 entsprechend angewandt.[1] Jedoch enthalten die §§ 1028 ff kein von vornherein auf die Schiedsrichterernennung durch Dritte anwendbares Normengefüge, wie beispielsweise die §§ 1030 und 1032 zeigen, welche allein auf die von den Parteien vorgenommene Ernennung zugeschnitten sind. Angesichts dessen erscheint der Weg richtig, die auftauchenden Probleme, die im folgenden zu untersuchen sind, jeweils für sich im Lichte der dem Dritten ver-

---

172 Rosenberg/Schwab, § 11 I, S. 48

1 Siehe unten, Fn 39

traglich zugewiesenen Funktion zu betrachten und sodann zu fragen, ob einzelne Vorschriften aus dem Bereich der §§ 1029 ff entsprechend angewandt werden können.

5. Kapitel
Anforderungen an die Person des Dritten

Die Anforderungen, die an die Person des Dritten zu stellen sind, lassen sich unter zwei Aspekten betrachten. Einmal fragt sich, welche vertraglichen Vorkehrungen die Parteien im Hinblick auf die Person des Dritten zu treffen haben, damit ihr Ernennungsmechanismus funktionsfähig ist. Zweitens stellt sich die Frage, ob der Dritte bestimmte Eigenschaften aufweisen muß, ohne die seine Tätigkeit unwirksam oder doch fehlerhaft wäre.

A. Die Bezeichnung des Dritten in der Schiedsvereinbarung

Für die Wirksamkeit der Ernennungsklausel ist es nicht erforderlich, daß der Dritte im Schiedsvertrag individuell bestimmt, d.h. namentlich bezeichnet wird.[2] Individuelle Bestimmtheit des Dritten zu fordern, würde in vielen Fällen zur Undurchführbarkeit des Ernennungsmechanismus führen, da häufig den Parteien bei Abschluß des Vertrages überhaupt noch nicht erkennbar ist, ob und wann es zu einer Streitigkeit kommen wird. Andererseits muß der Dritte bestimmbar sein, wenn der Ernennungsmechanismus funktionieren soll. In aller Regel werden die Parteien ihre Vertragsklausel entsprechend ausgestalten. Bei der Bezeichnung von Behörden kann es jedoch zu Fällen kommen, die dem ähnlich sind, den das Reichsgericht im Jahre 1890 zu entscheiden hatte.[3]

---

2 RGZ 26, 371 (374); 53, 1 (2); Stein-Jonas-Schlosser, § 1028 Anm. I 1

3 RGZ 26, 371 ff

Die Vertragsbedingungen der New Yorker Klägerin, die die Vollstreckbarkeitserklärung des Schiedsspruchs in Deutschland begehrte, sahen die Entscheidung von Streitigkeiten durch den Schiedsspruch "guter Mannschaft" vor, "welche von der Handelskammer zu ernennen ist".[4] Die in Darmstadt ansässige Beklagte rügte die ordnungsgemäße Bildung des Schiedsgerichts, indem sie sich gegen die auf Antrag der Klägerin erfolgte Schiedsrichterernennung durch die Handelskammer Darmstadt wandte und zur Begründung vortrug, die Handelskammer sei nicht bestimmt genug bezeichnet gewesen. Das Reichsgericht wies diesen Einwand zurück. Die Auslegung des Parteiwillens führe zur Bestimmung der Handelskammer, an deren Sitz die Klage vor dem ordentlichen Gericht hätte erhoben werden können, und dies sei die Handelskammer Darmstadt.[5] Dieser Auffassung des Reichsgerichts, die im Ergebnis eine entsprechende Anwendung des § 1045 Abs. 1 bedeutet, ist zuzustimmen.

B. Gesetzliche Anforderungen an den Dritten

In seinem Handbuch zur deutschen Schiedsgerichtsbarkeit führt v. Staff mehrere Eigenschaften auf, die der Dritte notwendigerweise erfüllen müsse, ohne daß sie gesetzlich vorgeschrieben seien.[6] Darunter fallen nach seiner Ansicht beispielsweise Unbestraftheit und Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte. Derartige Anforderungen an den Dritten zu stellen kann jedoch nicht mehr bedeuten, als den Parteien gewisse Ratschläge für ihre Vertragsgestaltung zu geben. Wollen sie sich bestimmter Eigenschaften vergewissern, so haben sie die Möglichkeit, diese in der Schiedsvereinbarung festzulegen. Allerdings sollten sie sich

---

4 RG a.a.O., S. 371

5 RG a.a.O., S. 374-375

6 v.Staff, S. 66

gleichzeitig bewußt sein, daß die Vereinbarung besonderer Eigenschaften einen zusätzlichen Unsicherheitsfaktor für die Durchführung der Ernennung bedeutet. Weist nämlich der Dritte diese Eigenschaften im Zeitpunkt der Ernennung nicht auf, so entspricht die dennoch vorgenommene Ernennung nicht der gem. § 1028 maßgebenden Parteivereinbarung und kann im Verfahren gem. § 1045 aufgehoben werden.[7)]

I. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes unparteiischer Rechtspflege auf die Tätigkeit des Dritten

Rechtlich weit schwieriger ist die Frage, ob an den Dritten nicht auch gewisse gesetzliche Anforderungen zu stellen sind, insbesondere ob die Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitserfordernisse, die für Schiedsrichter gelten [8)], auch auf den Dritten Anwendung finden und ob er wegen Befangenheit abgelehnt werden kann.

Nach der umfassenden Studie, die Kornblum zum Problem der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Schiedsrichters angestellt hat [9)], sowie der sich daran anschließenden Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs [10)], kann es als gesichert angesehen werden, daß das Gebot unparteiischer Rechtspflege nicht nur für staatliche Gerichte, sondern auch für Schiedsgerichte gilt.[11)] Was den Dritten anbetrifft, so bedeutet diese Erkenntnis unmittelbar lediglich, daß er unabhängige und unparteiische Schiedsrichter auszuwählen und zu bestellen hat. Übte er dabei selbst rechtsprechende Tätigkeit aus, so wären die von Rechtsprechung und Literatur zur Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter entwickelten Grundsätze auch auf ihn anwendbar. Wie der rechtsgrundsätzliche Teil der Arbeit gezeigt hat, trifft diese Voraussetzung jedoch nicht zu.

---

7 Vgl. Stein-Jonas-Schlosser, § 1045 Anm. III 1

8 Ständige Rechtsprechung seit BGHZ 51, 255 (258/259); siehe BGHZ 54, 392 (395); 65, 59 (62)

9 Probleme der schiedsrichterlichen Unabhängigkeit (1968)

10 Fn 8, insbes. BGHZ 51, 255 (258/259 und 262 f)

11 BGHZ 65, 59 (62)

rechtliche Notwendigkeit erkennen, daß der Dritte, der den zweiten Schiedsrichter anstelle der säumigen Partei ernennt, unabhängig und unparteiisch zu sein hat. Natürlich muß der von ihm bestellte Schiedsrichter, darauf wurde schon eingangs hingewiesen, unabhängig und unparteiisch sein. Er selbst hat jedoch in einem solchen Fall keine andere Funktion als die fehlende Mitwirkung der einen Partei zu ersetzen, die sich selbst naturgemäß auch nicht als "unparteiisch" gegenübersteht.[19)]

Wenn damit auch gezeigt ist, daß ein generelles Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsgebot für den Dritten nicht besteht, so bedarf aber doch die Konstellation einer besonderen Behandlung, in der der Dritte gemeinsame Schiedsrichter ernennt. Hier kann man nicht, wie dies vereinzelt getan wird [20)], lediglich darauf abstellen, daß der Dritte anstelle der Parteien handelt und daraus den Schluß ziehen, besondere Beziehungen zu einer Partei hätten keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Ernennung. Die alleinige Ernennung der Schiedsrichter oder des Einzelschiedsrichters, also gemeinsamer Schiedsrichter, durch eine Partei ist beispielsweise eine der Hauptfallgruppen, in denen der Bundesgerichtshof die Bestellung des Schiedsgerichts für unwirksam erachtet.[21)] Es ist schwer einzusehen, daß etwas anderes gelten soll, wenn statt der Partei ein Dritter die Ernennung vornimmt, der zu eben dieser Partei in einem Abhängigkeitsverhältnis steht.

Für die Lösung dieses Konflikts ist allerdings nicht das Übergewicht einer Partei bei der Bestimmung des Dritten maßgebend, denn seine Bezeichnung ist nicht das ausschlaggebende Element. Vielmehr ist das mögliche Übergewicht einer Partei bei der Be-

---

19 Sieg, JZ 1958, 719

20 Sieg, a.a.O.; siehe auch v. Staff, S. 133

21 BGHZ 54, 392 ff

tei nicht viel gewonnen, denn zum einen setzt sie Nötigung durch die wirtschaftlich überlegene Partei voraus und zum anderen kann die Abhängigkeit des Dritten nicht mehr sein als ein Indiz in einem komplexen Tatbestand, den die unterlegene Partei beweisen muß, um sich erfolgreich auf die Unwirksamkeit des Schiedsvertrages berufen zu können.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 1025 Abs. 2 erfordert die Beurteilung der Anforderungen, die an die Unabhängigkeit des Dritten zu stellen sind, zunächst die Klärung der Frage, ob eine Mitwirkungshandlung im Schiedsverfahren als solche den Grundsätzen unabhängiger und unparteiischer Rechtspflege entsprechen muß. Schlosser, der dies bejaht [16], geht von der unzutreffenden Prämisse aus, daß die Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte die Beurteilungsgrundlage liefert. Hier muß wiederholt werden, daß die Bezugnahme auf die staatlichen Gerichte keine Aussagekraft über den besonderen Anwendungsbereich des § 1029 Abs. 2 hinaus hat. Eine streitentscheidende Tätigkeit, die das maßgebende Element für die Forderung nach Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Schiedsrichter bildet [17], übt der Dritte aber nicht aus.

Gerade die Fallkonstellation des § 1029 Abs. 2, auf die Schlosser sich bezieht [18], weist die Richtung gegen ein generelles Unabhängigkeitserforernis. § 1029 Abs. 2 betrifft Fälle, in denen eine Partei von dem ihr zustehenden Ernennungsrecht keinen Gebrauch macht, und weist die ersatzweise Ernennung den staatlichen Gerichten zu. Diese Situation wird häufig vertraglich geregelt, wobei die Ernennungsbefugnis ersatzweise auf den Dritten übertragen wird. Bestimmt der Schiedsvertrag ferner in einem solchen Fall, daß der Obmann von den beiden "Parteischiedsrichtern" gemeinsam bestellt wird, und hat die eine Partei "ihren" Schiedsrichter ernannt, so läßt sich keine

---

16 Bd. 1, Nr. 518

17 BGHZ 51, 255 (258/259); Kornblum, Probleme, S. 125/126

18 Bd. 1, Nr. 518, wo er ausführt, daß der Dritte Funktionen ausübt, "die bei Fehlen einer Parteivereinbarung unabhängig judizierenden Richtern übertragen wären."

rechtliche Notwendigkeit erkennen, daß der Dritte, der den zweiten Schiedsrichter anstelle der säumigen Partei ernennt, unabhängig und unparteiisch zu sein hat. Natürlich muß der von ihm bestellte Schiedsrichter, darauf wurde schon eingangs hingewiesen, unabhängig und unparteiisch sein. Er selbst hat jedoch in einem solchen Fall keine andere Funktion als die fehlende Mitwirkung der einen Partei zu ersetzen, die sich selbst naturgemäß auch nicht als "unparteiisch" gegenübersteht.[19]

Wenn damit auch gezeigt ist, daß ein generelles Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsgebot für den Dritten nicht besteht, so bedarf aber doch die Konstellation einer besonderen Behandlung, in der der Dritte gemeinsame Schiedsrichter ernennt. Hier kann man nicht, wie dies vereinzelt getan wird [20], lediglich darauf abstellen, daß der Dritte anstelle der Parteien handelt und daraus den Schluß ziehen, besondere Beziehungen zu einer Partei hätten keinen Einfluß auf die Wirksamkeit der von ihm vorgenommenen Ernennung. Die alleinige Ernennung der Schiedsrichter oder des Einzelschiedsrichters, also gemeinsamer Schiedsrichter, durch eine Partei ist beispielsweise eine der Hauptfallgruppen, in denen der Bundesgerichtshof die Bestellung des Schiedsgerichts für unwirksam erachtet.[21] Es ist schwer einzusehen, daß etwas anderes gelten soll, wenn statt der Partei ein Dritter die Ernennung vornimmt, der zu eben dieser Partei in einem Abhängigkeitsverhältnis steht.

Für die Lösung dieses Konflikts ist allerdings nicht das Übergewicht einer Partei bei der Bestimmung des Dritten maßgebend, denn seine Bezeichnung ist nicht das ausschlaggebende Element. Vielmehr ist das mögliche Übergewicht einer Partei bei der Be-

---

19 Sieg, JZ 1958, 719

20 Sieg, a.a.O.; siehe auch v. Staff, S. 133

21 BGHZ 54, 392 ff

setzung des Schiedsgerichts entscheidend, und es ist zu fragen, ob das Verhältnis zwischen Drittem und einer Partei geeignet erscheint, Zweifel an der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des zu bildenden Schiedsgerichts aufkommen zu lassen, gleichgültig wie die Bestimmung des Dritten stattgefunden hat. Kornblum hat dies klar erkannt und für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Ernennungsmechanismus auf die unmittelbare Abhängigkeit des Dritten von der einen Partei abgestellt, sofern daraus ein Obergewicht bei der Bildung des Schiedsgerichts folgt.[22] Damit beruht die Entscheidung über die Wirksamkeit der Ernennung immer auf den Umständen des Einzelfalles. Ist beispielsweise der von einer Partei abhängige Dritte bei der Auswahl der Schiedsrichter an eine Liste gebunden, deren Aufstellung Gewähr für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit aller aufgeführten Schiedsrichter bietet, so wird eine Wertung bei Fehlen sonstiger Umstände ergeben, daß die Abhängigkeit des Dritten unschädlich ist. Dieses Abstellen auf die konkrete Fallsituation steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, der ausgeführt hat, daß wegen der privaten Natur des Schiedsgerichtsverfahrens und der daraus folgenden Ausgestaltungsfreiheit der Parteien die Eigentümlichkeiten der Schiedsrichterernennung in jedem Einzelfall zu untersuchen sind und erst dann entschieden werden kann, ob die Unabhängigkeit der Schiedsrichter gewährleistet ist.[23]

Festzuhalten ist, daß ein grundsätzliches Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsgebot für den Dritten nicht existiert. Bestellt ein von einer Partei abhängiger Dritter gemeinsame Schiedsrichter oder Schiedsrichter für die andere Partei, so wird dies zwar in der Regel zur Verletzung des Grundsatzes unparteiischer Rechtspflege und damit zur Unzulässigkeit des Schiedsgerichtsverfahrens führen. Zwingend ist das jedoch nicht.

---

22 Probleme, S. 252/253

23 BGHZ 65, 59 (64/65)

Dieses Ergebnis soll nachfolgend auf die praktisch wichtigste Fallgestaltung im Bereich des Abhängigkeitsproblems angewandt werden: Die Schiedsrichterernennung in der organisierten Schiedsgerichtsbarkeit.

II. Anforderungen an Schiedsrichterernennungen durch Schiedsgerichtsorganisationen

Die Frage, die sich hier stellt, lautet: Führt die besondere Verbindung einer der Parteien zu der Schiedsorganisation, also dem Dritten, zur Unwirksamkeit des Ernennungsmechanismus? Unter diesem Gesichtspunkt soll nicht die gesamte Rechtsprechung und Literatur zur Verbandsschiedsgerichtsbarkeit beleuchtet werden.[24] Die Untersuchung hat sich vielmehr auf die Konsequenz zu beschränken, die sich aus der Stellung der Organisation als Drittem ergeben, und zwar in den kritischen Fällen des Rechtsstreits zwischen einem Mitglied und einem Nichtmitglied.

Vorab soll die Ernennung durch Schiedsorganisationen mit allgemeiner Zielsetzung von der Schiedsrichterernennung durch Interessenverbände unterschieden werden. Nimmt eine Institution, die nicht bestimmten Handelsinteressen dient und generell auf sachgerechte Erledigung handelsrechtlicher Streitigkeiten ausgerichtet ist, wie beispielsweise die Industrie- und Handelskammer, die Ernennung vor, so ist die Mitgliedschaft einer Partei nicht ausreichend, um die Unwirksamkeit der Schiedsrichterernennung durch die Organisation berbeizuführen.[25] Weder wird die Mitgliedschaft solche Organisationen in ein Abhängigkeitsverhältnis zu der Partei bringen noch die Organisation dazu verleiten, die

---

24 Grundlegend in dieser Hinsicht sind die Arbeiten H. Kronsteins, Business Arbitration - Instrument of Private Government, Yale L. J. 54 (1944-45), 36 ff; Arbitration is Power, N.Y.U.L Rev. 38 (1963), 661 ff; Das Recht der Internationalen Kartelle (1967)

25 Kornblum, Probleme, S. 254. Eine deutliche Unterscheidung zwischen Verbandsschiedsgerichten und Schiedsinstitutionen mit allgemeiner Zielsetzung trifft das Schweizerische Bundesgericht in seiner Rechtsprechung zur Gültigkeit der Schiedsrichterernennung durch die Außenhandelskammern der Ostblockstaaten, BGE 84 I 39 (48); 93 I 265 (273/274)

spezifischen Interessen gerade dieses Mitglieds zu vertreten. Anders ließe sich die Bestimmung des Art. IV Abs. 2 und Abs. 3 S. 2 EÜ, wonach den Präsidenten der Handelskammern in bestimmten Fällen die Ernennungsbefugnis zusteht, nicht erklären, denn den Unterzeichnerstaaten mußte von vornherein klar sein, daß eine nicht geringe Anzahl potentieller Schiedsvertragsparteien, auf die das Übereinkommen anwendbar sein würde, Mitglieder der Handelskammern sind. Andere Überlegungen gelten selbstverständlich dann, wenn das Mitglied dem eigentlichen Ernennungsorgan der Institution angehört [26], doch erscheint es fraglich, hier überhaupt noch von einer Ernennung durch Dritte sprechen zu können.

Führt also die Zugehörigkeit einer Partei zu einer Schiedsgerichtsorganisation mit allgemeiner Zielsetzung nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der Schiedsrichterernennung, so drängen sich ungleich stärkere Zweifel auf, wenn der ernennende Verband darauf angelegt ist, die Sonderinteressen einer Mitglieder zu fördern und durchzusetzen. Die einschlägigen höchstrichterlichen Entscheidungen haben darauf abgestellt, und dies mit vollem Recht, daß die zu ernennenden Schiedsrichter in den ihnen vorliegenden Fällen notwendigerweise aus dem Kreis der Verbandsmitglieder zu stammen hatten, und haben daraus die Unwirksamkeit der Ernennungsklausel gefolgert.[27] Was die Stellung des Verbandes selbst anbetrifft, so bemerkt der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung im 51. Band:

> "Verstärkt wird dieser Eindruck /der Benachteiligung des Nichtmitglieds, d. Verf./ noch dadurch, daß der Zwangsschiedsrichter und gegebenenfalls der Obmann vom Vereinsvorsitzenden bestimmt werden." [28]

War für das Gericht in diesem Fall die Bindung des Nichtmitglieds an die Auswahl Verbandszugehöriger für das Schiedsrich-

---

26 Kornblum, a.a.O.

27 BGHZ 51, 255 ff; OLG Karlsruhe NJW 1957, 1036 f

28 A.a.O., S. 259

teramt entscheidend, so ist für Zwecke der vorliegenden Arbeit zu unterstellen, daß eine solche Bindung nicht besteht, und zu fragen, ob allein der Umstand, daß der Verband als Ernennender auftritt, in Verbindung mit der Mitgliedschaft einer Partei zur Unwirksamkeit der Ernennungsklausel führen muß.

Sieht die schiedsvertragliche Regelung, wie in dem vom BGH entschiedenen Fall, die Ernennung durch den Verband nur subsidiär vor, so besteht durchaus die Möglichkeit, daß das Schiedsgerichts durch die Parteien gleichgewichtig zusammengesetzt wird, und die Gefahr der parteiischen Ernennung taucht nur auf, wenn der Verband im Falle der Säumigkeit des Nichtmitglieds bzw. der Nichteinigung der "Parteischiedsrichter" von der ihm zustehenden Ernennungsbefugnis Gebrauch macht. Dann allerdings gelten die nachstehenden Überlegungen, die entweder bei der Ablehnung einzelner Schiedsrichter gem. § 1032 Abs. 1, 1045 Abs. 1, ferner während des Verfahrens mit einer auf Feststellung der Unzulässigkeit des Verfahrens gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 gerichteten Feststellungsklage [29] bzw. im Zuge der Überprüfung des Ernennungsverfahrens gem. § 1045 Abs. 1 oder nach Erlaß des Spruchs gem. §§ 1041 Abs. 1, 1042 Abs. 2 geltend zu machen sind.

Kommt es also zu subsidiären Schiedsrichterernennung durch den Verband oder soll der Verband Schiedsrichter von vornherein bestimmen, so sieht Kornblum die Ernennung als unstatthaft an, allerdings seltsamerweise nur dann, wenn dem Verband die alleinige Ernennungsbefugnis zusteht.[30] Angenommen, die Regelung sieht vor, daß Mitglied und Nichtmitglied je einen Schiedsrichter zu ernennen haben und der Obmann vom Verband gestellt wird. Das Nichtmitglied wird sich dann der gleichen Benachteiligung ausgesetzt sehen, die der BGH in dem oben erwähnten Fall für entscheidend erachtete.[31] Entsprechend der obigen

---

29 RGZ 133, 128 (131); Rosenberg/Schwab, Mann, Festschrift für Flume (1978), S. 606 Fn 54

30 Kornblum, Probleme, S. 253

31 Fn 28

Prämisse besteht gewiß der Unterschied, daß der Dritte, d.h. der Verband, rechtlich nicht an die Auswahl von Vereinsmitgliedern gebunden ist. Das Nichtmitglied wird jedoch zu Recht kaum einen Zweifel hegen, daß der Obmann aus diesem Kreis stammen oder zumindest die Verbandsinteressen unterstützen wird. Es geht hier nicht um eine Herabsetzung einzelner Verbandsschiedsrichter, sondern um den Eindruck des Obergewichts einer Partei, der für die Verletzung des Gebots unparteiischer Rechtspflege ausreicht.[32)] Dieser Eindruck besteht bei der Ernennung durch den Verband, von dem anzunehmen ist, daß er den Interessen seines Mitglieds besonders nahesteht, ebensosehr wie wenn die Eigenschaft der Schiedsrichter als Verbandsmitglieder von vornherein festgelegt ist. Es bedeutete außerdem eine empfindliche Lücke in der Rechtsprechung zur Verbandsschiedsgerichtsbarkeit, wenn sich der Verband den Einfluß auf die Zusammensetzung des Schiedsgerichts dadurch sichern könnte, daß es ihm erlaubt wäre, sich als "unabhängigem Dritten" mit der Befugnis, den Obmann zu ernennen, die Schlüsselstellung bei der Bildung des Schiedsgerichts einzuräumen.

Der Ansicht Kornblums ist also insoweit zu widersprechen, als nicht nur die alleinige Schiedsrichterernennung durch Verbände wegen Verstoßes gegen das Gebot unparteiischer Rechtspflege unwirksam ist, sondern Unwirksamkeit immer dann eintritt, wenn der Verband für das Nichtmitglied tätig wird, sei es durch Bestellung eines Beisitzers oder des Obmanns. Dieses Ergebnis dahin einzuschränken, daß etwas anderes gilt, wenn dem Nichtmitglied ein entsprechendes Gegengewicht eingeräumt wird, ist rechtlich zutreffend, praktisch im Bereich der Verbandsschiedsgerichtsbarkeit jedoch wohl irrelevant.

Wegen des Eindrucks der Benachteiligung des Nichtmitglieds gehört also die Mitwirkung des Interessenverbandes bei der Bestellung von Schiedsrichtern im Rechtsstreit zwischen Mitglied

---

32 A.a.O.

und Nichtmitglied zu den Fällen, in denen die besondere Verbindung zwischen Drittem und einer Partei stets zur Unwirksamkeit der Ernennungsklausel bzw. bei subsidiärer Tätigkeit zur Unwirksamkeit der Ernennung führt. Allerdings nicht aus dem Grunde, und dies sei nochmals hervorgehoben, weil der Dritte wegen seiner Aufgabe unabhängig sein müßte, sondern weil die Stellung des Verbandes zum Mitglied diesem ein Übergewicht bei der Bildung des Schiedsgerichts verschafft, was für die Verletzung des Gebots unparteiischer Rechtspflege ausreicht. Einer Ablehnung des ernannten Schiedsrichters bedarf es in solchen Fällen nicht.

C. Ablehnung des Dritten wegen Befangenheit

Existiert nach den vorstehenden Ausführungen nur in bestimmten Fallkonstellationen, aber nicht prinzipiell ein gesetzlicher Grund, der den Dritten wegen seiner Stellung zu den Parteien von vornherein von seiner Aufgabe ausschließt, so fragt sich konsequenterweise, ob der Dritte nicht analog den §§ 1032 Abs. 1, 1045 Abs. 1 wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann. Das Reichsgericht hat ein Ablehnungsrecht bezüglich des Dritten verneint [33] und mit dieser Auffassung in der Literatur ganz überwiegend Zustimmung gefunden.[34]

Was die Geltendmachung von Parteilichkeitsgründen anbetrifft, so folgt die Unanwendbarkeit des § 1032 auf den Dritten aus der Tatsache, daß rechtliche Konsequenzen im Falle der Abhängigkeit ihren Grund nicht in der Person des Dritten als solcher, sondern in seiner Beteiligung an der Zusammensetzung des Schiedsgerichts haben. Sie sind daher, wie bereits erwähnt, als Einwand der Unwirksamkeit der Schiedsklausel bzw. der unzulässigen Schiedsrichterernennung in allen Stadien des Ver-

---

33 JW 1937, S. 219 (221)

34 Wieczorek-Schütze, § 1032 Rn D I; Reimer/Mußfeld, Die kaufmännischen Schiedsgerichte Deutschlands, S. 101; Jonas, Urt.-Anm. zu RG JW 1937, 219; a.A. Schlosser, Bd. 1, Nr. 518

fahrens im Wege der Überprüfung gem. § 1045 Abs. 1 bzw. §§ 1041 Abs. 1, 1042 Abs. 2 geltend zu machen.[35)]

Es bleibt zu erörtern, was zu gelten hat, wenn der Dritte im Einzelfall dem Rechtsstreit nicht unbefangen gegenübersteht, wenn er beispielsweise zum Ausdruck gebracht hat, daß er die Ansicht einer der beiden Parteien teilt. Genügt es in einem solchen Fall, die Parteien darauf zu verweisen, daß die Möglichkeit besteht, die ernannten Schiedsrichter abzulehnen, oder muß ihnen das Recht eingeräumt werden, sozusagen das Übel bei der Wurzel zu fassen? Die Antwort ist in der Funktion zu suchen, die der Dritte ausübt. Der reibungslose Ablauf bei der Bildung des Schiedsgerichts wäre nicht gewährleistet, wenn die Person des Dritten mit dem Mittel der Ablehnung angegriffen werden könnte.[36)] Ferner erfordert die Art der Aufgabe des Dritten nicht dieselben rechtlichen Schutzvorkehrungen wie die richterliche bzw. schiedsrichterliche Tätigkeit. Schließlich führte ein Ablehnungsrecht zu der unerfreulichen Konsequenz, daß der Schiedsvertrag bei erfolgreicher Ablehnung des Dritten nach Auffassung der Rechtsprechung in entsprechender Anwendung des § 1033 außer Kraft tritt, falls die Parteien nicht ausnahmsweise ein Ersatzernennungsorgan bestimmt haben. Daher ist als Ergebnis festzuhalten, daß die Parteien keine Möglichkeit besitzen, die Person des Dritten unmittelbar anzugreifen. Ihnen bleibt nur der Weg, die ernannten Schiedsrichter abzulehnen oder sich gegen den Ernennungsmechanismus als solchen zu wenden.

---

35 Selbstverständlich bleibt die Möglichkeit, den oder die ernannten Schiedsrichter gem. § 1032 Abs. 1 abzulehnen.

36 Reimer/Mußfeld, a.a.O., S. 101

6. Kapitel
Das Scheitern der Schiedsrichterernennung durch Dritte und seine Folgen

Einer der Hauptunsicherheitsfaktoren bei der Einschaltung eines Dritten in den Ernennungsvorgang besteht, wie bereits ausgeführt, darin, daß der Dritte in der Regel nicht verpflichtet ist, die Ernennung vorzunehmen. Jedoch wird sich der Dritte, auch dies wurde schon betont, in aller Regel bemühen, der Bitte der Parteien nach besten Kräften nachzukommen. Der Fall, daß er die Bitte als solche abschlägt, wird kaum auftreten. Häufig wird es aber so sein, daß der Dritte - ob zu Recht oder zu Unrecht ist in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung - die Voraussetzungen für die Schiedsrichterernennung als nicht gegeben erachtet und die Ernennung daher ablehnt. Ferner kann es vorkommen, daß er die Ernennung verzögert oder daß er zwischen seiner Bezeichnung in der Schiedsvereinbarung und dem Streitfall stirbt bzw. die bezeichnete Organisation erlischt. Natürlich wird versucht, solche Hindernisse bei der Gestaltung von Schiedsvereinbarungen vorausschauend zu berücksichtigen. So wird für den Fall der ablehnenden Haltung des Dritten vereinzelt auf die staatlichen Gerichte zurückgegriffen.[37] Zumeist sehen die Parteien jedoch Ersatzernennungspersonen vor [38], was sicher konsequent ist und die einzige Möglichkeit darstellt, ohne die Mithilfe staatlicher Gerichte auszukommen. Ob die Methode jedoch auch immer ratsam ist, erscheint zweifelhaft. Zum einen ist die reibungs-

---

37 Siehe die Ernennungsklausel im Falle RGZ 108, 246 (247), die allerdings, soweit ersichtlich, die einzige veröffentliche derartige Klausel darstellt.

38 Vgl. dazu auch Art. 6 Ziff. 2 S. 2 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung. Dort wird dieser Weg dahingehend perfektioniert, daß hilfsweise eine "Ernennungs-Ernennungsstelle", der Sekretär des Ständigen Gerichtshofes in Den Haag, bezeichnet wird. Merkwürdigerweise regelt Art. 6 Ziff. 2 zwar die Ablehnung und die Verzögerung durch den Dritten, nicht aber dessen Fortfall.

lose Bestellung des Schiedsgerichts nicht mehr gewährleistet, wenn die Ernennungsbitte nacheinander an mehrere Dritte gerichtet werden muß. Zum anderen verschiebt dieses Verfahren die Gefahr des Scheiterns nur um eine weitere Instanz.

Da gegen die Untätigkeit des Dritten vertraglich also nicht in vollauf befriedigender Weise Vorsorge getroffen werden kann, kommt den Rechtsfolgen, die in solchen Fällen kraft Gesetzes eintreten, besondere Bedeutung zu. Die Zivilprozeßordnung enthält für den Fall, daß die Schiedsrichterernennung durch Dritte scheitert, keine Regelung. Sie regelt jedoch in §§ 1031 S. 2, 1033 Ziff. 1 die Folgen der Ablehnung, des Fortfalls, usw. eines Schiedsrichters. Die Argumente zu den Konsequenzen der Untätigkeit des Dritten befassen sich hauptsächlich mit der analogen Anwendung dieser Vorschriften sowie der des § 1029 Abs. 2.

A. Die Haltung von Rechtsprechung und Literatur

Die Gerichte nehmen in ständiger Rechtsprechung an, daß das Scheitern der Schiedsrichterernennung durch Dritte den Schiedsvertrag in entsprechender Anwendung des § 1033 Ziff. 1 außer Kraft treten läßt.[39] Kerngedanke ist die Überlegung, in der Vorschrift komme allgemein zum Ausdruck, "daß ein irgendwie auf die Mitwirkung bestimmter Personen abgestellter Schiedsvertrag außer Kraft treten soll, wenn auf deren Tätigwerden nicht zu rechnen ist."[40] Eine Analogie zu § 1029 Abs. 2 wird mit der Begründung abgelehnt, die Vorschrift setze voraus, daß den Parteien selbst das Ernennungsrecht zusteht. Ihr Sinn liege darin zu verhindern, daß die Einleitung des Verfahrens von der Willkür einer Partei abhängig werde. Für diesen Fall

---

39 Seit RGZ 108, 246 ff; RGZ 138, 341 ff; OLG Frankfurt MDR 1955, 749; OLG Karlsruhe NJW 1958, 1148; OLG Saarbrücken KTS 1961, 108. Zuvor schon OLG (Hamburg) 13, 247 f. Unentschieden RGZ 97, 158 (161). Die Literatur hat der Rechtsprechung überwiegend zugestimmt, vgl. beispielsweise Baumbach-Schwab, S. 85; Wieczorek-Schütze, § 1029 Rn A II b.

40 RGZ 138, 341 (344)

aber hätten die Parteien mit der Einsetzung des Dritten eine eigene Regelung geschaffen und damit die ersatzweise Ernennung durch staatliche Gerichte ausschliessen wollen.[41)]

Die, soweit ersichtlich, einzige abweichende Entscheidung hat das OLG Breslau im Jahre 1908 getroffen.[42)] Aufschlußreich ist der maßgebende Teil der Schiedsklausel. Er lautet:

> "Jede Partei ernennt einen Schiedsrichter. Hat eine Partei nicht rechtzeitig den Schiedsrichter benannt, so ernennt ihn auf Antrag der betreibenden Partei der Kreislandrat."[43)]

Es fällt auf, daß die Klausel genau dem Fall des § 1029 Abs. 2 nachgebildet ist. Die Schiedsbeklagte, offensichtlich die Stadt Breslau, hatte die Ernennung ihres Schiedsrichters, welche der Schiedskläger zwecks Geltendmachung eines gegen die Stadt gerichteten Anspruchs gefordert hatte, abgelehnt. Daß anschließend auch der Kreislandrat seine Mitwirkung versagte [44)], veranlaßte das Oberlandesgericht zu der Feststellung:

> "Dieser Fall /des § 1029 Abs. 2, d. Verf./ liegt hier vor, nur daß außer der Partei selbst auch die zunächst zur Vornahme der Ersatzwahl in Aussicht genommene Instanz abgelehnt hat, tätig zu werden; jedoch kann hierin eine grundsätzliche Verschiedenheit nicht gesehen werden, so daß dadurch der § 1029[2] unanwendbar bleibt."[45)]

In der Literatur wird die Auffassung, § 1029 Abs. 2 sei auf die Fälle des Scheiterns der Schiedsrichterernennung durch Dritte entsprechend anwendbar, von Sieg [46)] und, im Anschluß an ihn von Schlosser [47)] vertreten. Abgesehen von Ausführungen zur

---

41 OLG Karlsruhe NJW 1958, 1148

42 OLG 17, 212 f

43 A.a.O., S. 212

44 Eine Begründung für die Weigerung wird in dem knapp gefaßten Sachverhalt nicht mitgeteilt. Danach könnte dies ein Beispiel dafür sein, daß die Ernennungsbitte als solche zurückgewiesen wurde.

45 A.a.O., S. 212/213

46 JZ 1958, 719 (720 f)

47 Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. III; ferner Bd. 1, Nr. 447

technischen Übertragbarkeit der Vorschrift des § 1029 Abs. 2 sowie des § 319 Abs. 1 BGB, die er zusätzlich heranzieht, stützt sich Sieg im wesentlichen auf zwei Argumente. Zunächst betont er, daß der Dritte den Parteien näher stehe als den Schiedsrichtern [48], womit er darauf hinweisen will, daß die Lage der des § 1029 Abs. 2 eher vergleichbar sei als der Regelung des § 1033 Ziff. 1. Eine derartige bloße Standortbestimmung des Dritten kann jedoch keine rechtliche Aussagekraft haben. Zum zweiten spricht nach Siegs Auffassung der präsumptive Parteiwille für eine entsprechende Anwendung des § 1029 Abs. 2. Dieser gehe in aller Regel dahin, daß der Schiedsvertrag auch dann bestehen bleiben solle, wenn der Dritte nicht ernenne oder ernennen könne.[49] Im folgenden wird zu untersuchen sein, ob dies zutrifft, exakter, ob generell davon ausgegangen werden kann, daß die Parteien, hätten sie das Scheitern ihres Ernennungsmechanismus bedacht, ersatzweise die staatlichen Gerichte als Ernennungsstelle eingesetzt hätten, und ferner, ob das deutsche Recht bereit ist, einem solchen Willen Folge zu leisten.

B. Das Scheitern des Ernennungsmechanismus im Fall der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter durch den Dritten

Der Rückgriff auf die Vorschriften der Zivilprozeßordnung bietet nur sehr begrenzte Möglichkeiten, zu einer rechtlich klaren Lösung zu gelangen. Was § 1029 Abs. 2 anbetrifft, so geht die Vorschrift von der getrennten Ernennungsbefugnis der Parteien aus, eine Ausgangslage, die der Ernennung durch Dritte nicht, oder zumindest nicht generell, vergleichbar ist. Dasselbe gilt für § 1031 S. 2. § 1033 Ziff. 1 hat andererseits den Fall vor Augen, daß die Person wegfällt, der die Parteien in der Schiedsvereinbarung richterliche Aufgaben anvertraut haben.[50] Es erscheint sehr problematisch, diese Vorschrift ohne weiteres auf den Dritten

---

48 JZ 1958, 719 (720)

49 A.a.O., S. 721

50 Diesen Gesichtspunkt betonen OLG (Breslau) 17, 212 und Sieg, a.a.O.

auszudehnen, dessen Funktion, wie gezeigt, doch ganz anders gelagert ist, zumindest wenn man, wie die Rechtsprechung dies tut, von der richterlichen Tätigkeit unmittelbar auf jegliche Mitwirkung im schiedsgerichtlichen Verfahren schließt ohne die jeweiligen Aufgaben in ihrer Substanz miteinander zu vergleichen.[51)]

Ausgangspunkt einer Stellungnahme muß vielmehr auch hier wieder die dem Dritten von der Partei zugedachte Funktion bei der Besetzung des Schiedsgerichts sein. Dabei fällt auf, daß in Rechtsprechung und Literatur nicht sorgfältig zwischen den verschiedenen Konstellationen, in denen der Dritte in den Ernennungsvorgang eingeschaltet sein kann, unterschieden wird. Wenn beispielsweise Sieg annimmt, es existiere ein präsumptiver Parteiwille, der die analoge Anwendung des § 1029 Abs. 2 fordere, so übersieht er dabei, daß die Vorschrift nur eingreift, wenn jede Partei einen Teil der Schiedsrichter zu ernennen hat, nicht dagegen, wenn die Schiedsrichter von den Parteien gemeinsam bestellt werden.[52)] Kommt es im letzteren Fall nicht zur Bestellung, so scheitert die Schiedsvereinbarung und es findet keine Ergänzung statt.[53)] Es liegt nahe, mit dieser Konstellation den Fall zu vergleichen, in dem der Dritte gemeinsame Schiedsrichter ernennen soll und es nicht zur Bestellung kommt. Sieg will auch dann § 1029 Abs. 2 anwenden, weil er meint, daß es den Parteien vorrangig auf eine von ihrer Mitwirkung unabhängige Besetzung des Schiedsgerichts ankomme, dagegen erst in zweiter Linie auf die Vertrauensstellung der Ernennungsperson.[54)] Eine genaue Betrachtung der Ernennungs-

---

51 So verfährt RGZ 138, 341 (344)

52 Baumbach-Lauterbach-Albers, § 1029 Abn. 1 i.V.m. § 1028 Anm. 1; Wieczorek-Schütze, § 1029 Rn A 1 b; auch Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. 1

53 Diese Feststellung trifft ausdrücklich Schlosser in Stein-Jonas, § 1029 Anm. I, 3. Abs,; anders dagegen in Bd. 1, Nr. 447

54 Dabei greift er in JZ 1958, 719 (721 Fn 37 und 40) auf die Ausführungen in dem Handbuch von Schönke, S. 60-61, zurück, die dieser zur Fragwürdigkeit der Bestimmung des § 1033 Ziff. 1 macht. Jedoch schlägt Schönke ja nicht etwa vor, daß an die Stelle des weggefallenen Schiedsrichters das staatliche Gericht treten soll.

klausel ergibt aber ein anderes Bild. Zwar spielt sicher die Garantiefunktion des Dritten für die Durchführbarkeit des Schiedsgerichtsverfahrens eine große Rolle, so daß bei Nichtvornahme der Ernennung das Ernennungsrecht weder auf die Parteien zurückfällt [55] noch sonst irgendwie die eine Partei die andere auf Mitwirkung bei der Bildung des Schiedsgerichts in Anspruch nehmen kann [56], denn derartige Konsequenzen wollen die Parteien mit der Schaffung eines eigenständigen Ernennungsmechanismus ja gerade vermeiden. Andererseits wird jedoch die Vertrauensstellung des Dritten darin deutlich, daß er seine Aufgabe nicht auf einen anderen übertragen kann ohne seine Befugnis, die allein auf der Schiedsvereinbarung beruht, zu überschreiten.[57] Bei der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter fällt entscheidend ins Gewicht, daß der Dritte den Konsensus ersetzt, den grundsätzlich entweder die Parteien selbst oder für sie die Parteischiedsrichter erzielen sollen. Mit anderen Worten, seiner Auswahl und Bestellung des oder der Schiedsrichter kommt dieselbe Bedeutung zu wie wenn sie von den Parteien gemeinsam vorgenommen worden wäre.

Unter diesen Umständen ist, wenn nicht die Schiedsvereinbarung entgegenstehende Anhaltspunkte enthält, die höchstpersönliche Vertrauensstellung des Dritten als Bedingung zu qualifizieren.[58] Die Vereinbarung ist zwar nicht aufschiebend bedingt durch die Vornahme der Ernennung, denn für die Wirksamkeit des Schiedsvertrages genügt die Bezeichnung des Weges, auf dem das Schiedsgericht gebildet werden soll. Jedoch löst das Scheitern der Er-

---

55 So mit Recht Sieg, JZ 1958, 719 (721)

56 Mann, BYIL 42 (1967), 1 (23)

57 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 290

58 Die Annahme einer Bedingung entspricht der Charakterisierung des Scheiterns der gemeinsamen Ernennung durch die Parteien, z.B. Stein-Jonas-Schlosser, § 1028 Anm. I, 3. Abs. Sieg verwirft gerade die Bedingung, JZ 1958, 719 (721), und zwar mit Hinweis auf §§ 315 Abs. 3, 319 Abs. 2 BGB, ohne jedoch in seinem Vergleich auf § 319 Abs. 2 BGB einzugehen.

v.Staff, S. 60, meint, bei Scheitern werde die Durchführung des Schiedsvertrages unmöglich

nennung durch den Dritten die Schiedsvereinbarung auf. Diese Konsequenz wird den Parteien oftmals nicht bewußt sein, weil sie in der Regel den Fall des Scheiterns überhaupt nicht bedacht haben. Jedoch kann dieser Umstand auf die rechtliche Qualifizierung des Fortfalls des Dritten und dessen Folgen keinen Einfluß haben.

Daß hier für den Fall der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter gewonnene Ergebnis unterscheidet sich nicht von dem Resultat, zu dem die Rechtsprechung gelangt. Es ist jedoch auf einem anderen Wege gewonnen. Während hier gezeigt wurde, daß das Hinfälligwerden des Schiedsvertrages aus vertragsrechtlichen Grundsätzen folgt, greift die Rechtsprechung mit der analogen Anwendung von § 1033 Ziff. 1 ein zweites Argument auf: Sie stellt - was die Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter angeht, zutreffend - klar, daß die Zivilprozeßordnung keinen geeigneten Mechanismus kennt, um den Parteien im Falle des Scheiterns zu Hilfe zu kommen. Gedanklich vorrangig ist aber die vertragsrechtliche Beurteilung als Bedingung, wonach es auf die analoge Anwendbarkeit des § 1033 Ziff. 1 nicht mehr ankommt.[59] Die Konsequenz der Auflösung der Schiedsvereinbarung läßt sich nur auf zwei Wegen vermeiden: Entweder durch die vertragliche Bestimmung eines weiteren Dritten oder durch eine Gesetzesvorschrift, die ein Ersatzernennungsorgan schafft und die vertraglichen Wirkungen auf gesetzlichem Wege ausräumt. An letzterer fehlt es aber in Deutschland.[60] Daher müssen die Parteien den besonderen vertraglichen Weg, den sie einmal eingeschlagen haben, so weit wie möglich lückenlos ausgestalten.[61]

---

59 In RGZ 108, 246 (249) heißt es knapp:

"Es bleibt also nichts anderes übrig als den § 1033 entsprechend anzuwenden."

60 In den USA beispielsweise ist die Lage aufgrund gesetzlicher Vorkehrungen anders, § 5 des United States Arbitration Act, oben, 1. Teil, Fn 5

61 RGZ 108, 246 (249). Darin liegt der Unterschied des Ergebnisses begründet, das Sieg, JZ 1958, 719 (721), nicht einsehen will, weil die Parteien im Falle der Einschaltung eines Dritten "mehr" getan hätten als in der Ausgangssituation des § 1028

C. Das Scheitern des Ernennungsmechanismus bei hilfsweiser Ernennung von Parteischiedsrichtern

Ist demnach mangels entgegenstehender Anhaltspunkte in der Schiedsvereinbarung die Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter durch Dritte stets Bedingung, auch wenn sie nur hilfsweise, d.h. etwa für den Fall der Nichteinigung der Parteischiedsrichter auf den Obmann, vorgesehen ist, so fragt sich aber, ob nicht dann etwas anderes gelten muß und § 1029 Abs. 2 analog anzuwenden ist, wenn der Dritte lediglich hilfsweise für eine Partei Schiedsrichter ernennen soll und dann die Ernennung ablehnt, verzögert, usw. [62] Zwar haben sich auch in diesem Fall die Parteien gegenseitig auf eine bestimmte Vertrauensperson geeinigt, so daß man nicht mit Sieg von einem präsumptiven Parteiwillen ausgehen kann, die staatlichen Gerichte sollten bei Scheitern der Ernennung eingreifen. Auf die Möglichkeit einer solchen Situation bei Abschluß der Schiedsvereinbarung hingewiesen, würden die Parteien vielleicht eher einen weiteren Dritten bestimmen.

Andererseits ist aber nicht zu verkennen, daß die Lage bei hilfsweiser Ernennung von Parteischiedsrichtern der getrennten Schiedsrichterernennung durch die Parteien und damit der Situation des § 1029 Abs. 2 ganz ähnlich ist. Während bei der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter im Vordergrund steht, daß der Dritte den Konsensus beider Parteien über die Person eines Schiedsrichters ersetzt, gilt es bei der hilfsweisen Ernennung von Parteischiedsrichtern in erster Linie, die Mitwirkung der säumigen Partei sicherzustellen, so daß hier die Tatsache, daß überhaupt ein Ernennungsorgan existiert, im Vordergrund steht. Da aber die bloße Mitwirkung bei der Parteiernennung nicht Bedingung ist, weil es sonst in der Hand der säumigen Partei läge, die Bildung des Schiedsgerichts zu verhindern, ist auch die entsprechende Tätigkeit des Dritten nicht als Bedingung zu qualifizieren. Folglich

---

62 Siehe den Fall OLG (Breslau) 17, 212 f

verbietet die Auslegung der Schiedsvereinbarung beim Scheitern der hilfsweisen Ernennung von Parteischiedsrichtern nicht von vornherein die analoge Anwendung des § 1029 Abs. 2, es sei denn, der Vertrag enthielte einen Hinweis darauf, daß es auf die Person gerade dieses Dritten ankommt, wofür etwa der - seltene - Fall ausreichte, daß der Dritte im Vertrag mit Namen bezeichnet ist. Die sich anschließende Frage, ob bei Fehlen eines solchen Hinweises § 1029 Abs. 2 analog angewandt werden kann, läßt sich mit einem klaren Ja beantworten, denn die Interessenlage, nämlich der Willkür einer Partei zu begegnen, ist dieselbe.

Richtigerweise muß man also zu einer differenzierten Lösung kommen. Scheitert die Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter, so wird auch die Schiedsvereinbarung hinfällig. Unterbleibt die hilfsweise Ernennung eines Parteischiedsrichters, so ist mit dem OLG Breslau [63] und Sieg [64] anzunehmen, daß auch das deutsche Recht mit der analogen Anwendung des § 1029 Abs. 2 einen Ersatzmechanismus bereithält.

D. Besonderheiten bei Fortfall des Dritten

Ablehnung der Tätigkeit durch den Dritten und dessen Fortfall stellen zwei gleichwertige Gründe dar, die grundsätzlich zum Eintritt der auflösenden Bedingung führen.[65] Dennoch gibt der Fortfall des Dritten zu einigen besonderen Erwägungen Anlaß, denn die Parteien werden mit dem Fortfall des Dritten noch weniger rechnen als mit seiner ablehnenden Haltung, wie beispielsweise aus Art. 6 Ziff. 2 S. 2 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung deutlich wird, wo zwar die Ablehnung und die Verzögerung ausführlich geregelt sind, der Fortfall jedoch nicht erwähnt wird. Bei Fortfall des Dritten ist daher besonders sorg-

---

63 A.a.O.

64 JZ 1958, 719 (720 f)

65 Die Ablehnung ist mit der allgemeinen Ansicht als unwiderruflich anzusehen, RGZ 138, 341 (345); OLG Karlsruhe, NJW 1958, 1148; Sieg, JZ 1958, 719 (721)

fältig auf Anhaltspunkte zu achten, die die subsidiäre Einschaltung der staatlichen Gerichte nahelegen. Daher ist die Entscheidung RGZ 108, 246 ff abzulehnen, in welcher das Gericht wegen Erlöschens der vorgesehenen Institution den Schiedsvertrag als gescheitert ansah, obwohl der Vertrag für den Fall der ablehnenden Haltung der Ernennungsstelle das Verfahren nach dem 1o. Buch der ZPO vorsah.[66] Das Reichsgericht erwähnt diese Klausel in einer Parenthese [67] ohne die naheliegende extensive Auslegung dieser Vertragsbestimmung zu erörtern. Eine solche Auslegung hätte zu dem Ergebnis führen müssen, daß die Parteien für den Fortfall des Dritten getrenntes Ernennungsrecht, also den Eintritt der Ausgangslage des § 1028 vorgesehen hatten. Damit aber hätte der Einrede schiedsrichterlichter Streiterledigung stattgegeben werden müssen.

Mitunter wird sich die Frage stellen, ob der Schiedsvertrag in Kraft bleibt, wenn die zur Bezeichnung des Dritten verwendete Organisation erlischt und an ihre Stelle eine Nachfolgeorganisation tritt. Entspricht sie ihrer Vorgängerin in Zielsetzung und Aufgabenbereich, womöglich auch in Organisation, so liegt die Annahme nahe, daß die Parteien einen Fortbestand des Ernennungsmechanismus gewollt hätten, denn die Bezeichnung des Dritten mit seiner Position wird ja gerade gewählt, um die Kontinuität besser zu gewährleisten als dies bei der Einsetzung einer bestimmten natürlichen Person der Fall wäre. Die Auslegung des Vertrages führt dann dazu, daß die Bedingung nach dem Willen der Parteien nicht eintritt.

---

66 RGZ 108, 246 (247)

67 A.a.O., S. 219

7. Kapitel
Das Auswahl- und Bestellungsverfahren

Die Ausgestaltung des Auswahl- und Bestellungsverfahrens unterliegt in erster Linie der Vereinbarung der Parteien. Praktische Bedeutung hat dies vor allem dann, wenn sie sich auf Schiedsverfahrensordnungen beziehen, welche ihrerseits das Verfahren des Ernennungsorgans regeln.[68] Häufig wird jedoch das Ernennungsverfahren nicht besonders geregelt sein. Im vorliegenden Kapitel soll dargelegt werden, was in solchen Fällen zu gelten hat. Auch gilt es zu untersuchen, ob der Dritte an bestimmte Verfahrensgrundsätze gebunden ist.

A. Die Einleitung des Ernennungsvorgangs

Die Aufforderung an den Dritten, die Ernennung vorzunehmen, sollte an sich keine rechtlichen Probleme aufwerfen. Ausreichend ist ein Schreiben der betreibenden Partei, in welchem sie unter Bezugnahme auf den Schiedsvertrag den Dritten um Ernennung der Schiedsrichter bittet.

Für den Fall, daß der Dritte die Ernennung nur hilfsweise vornehmen soll, wird die Richtigkeit dieses Vorgehens nicht bezweifelt. Für die Fälle primärer Ernennungsbefugnis ist es in Rechtsprechung und Literatur jedoch zu einem Meinungsstreit gekommen, weil es Institutionen gibt, die ihre Mitwirkung davon abhängig machen, daß beide Parteien darum antragen.[69] Der Streit geht

---

68 Auch die Schiedsverfahrensordnungen werden allerdings häufig keine Regelung des Auswahl- und Bestellungsverfahrens enthalten, siehe z.B. § 5 der Schiedsgerichtsordnung des Deutschen Ausschusses für Schiedsgerichtswesen, abgedruckt bei Schlosser, Bd. 2, S. 205; vgl. aber andererseits Art. 6 Ziff. 3 und 4 sowie Art. 8 Ziff. 1 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung.

69 OLG (Hamburg) 27, 193; ob auch OLG (Hamburg) 23, 258 in diese Kategorie fällt, ist nicht ganz klar. Heute erfordert die Hamburger Freundschaftliche Arbitrage jedenfalls gem. § 20 Ziff. 2 der Platzusancen nur den Antrag der betreibenden Partei.

darum, wie das Ernennungsverfahren in Gang zu setzen ist, wenn die eine Partei sich weigert, den Antrag mitzuunterzeichnen. Während die Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur eine Klage der betreibenden Partei auf Erfüllung der Mitwirkungspflicht aus der Ernennungsklausel fordert [70], betrachtet Sieg diese Pflicht als unklagbare Last, was ihn zur entsprechenden Anwendung des § 1029 Abs. 2 führt.[71]

Siegs Ansicht beruht auf der unzutreffenden Voraussetzung, alle Fälle der Schiedsrichterernennung einander gleichzustellen. § 1029 Abs. 2 zeigt eben nur für den Fall des getrennten Ernennungsrechts, daß die Mitwirkung der einen Partei eine bloße Obliegenheit darstellt, bei deren Verletzung sie ihr Ernennungsrecht verliert und das staatliche Gericht eintritt. Der Fall, daß die Parteien ihre Ernennungsklausel der Konstellation des § 1029 Abs. 2 nachgebildet haben, ist jedoch, wie bereits gesagt, nicht problematisch. Es geht vielmehr um die primäre Ernennung der Schiedsrichter durch den Dritten. In diesen Fällen ist die ursprüngliche Mitwirkungsobliegenheit ganz aufgehoben worden. Wäre sie in eine Mitwirkungspflicht bei der Beauftragung des Dritten umgestaltet [72], so könnte man sie sicherlich nicht als Obliegenheit ansehen, denn es ist nicht ersichtlich, welcher Rechtsnachteil die sich weigernde Partei treffen sollte.

Die Annahme einer solchen Mitwirkungspflicht ist jedoch überhaupt unzutreffend. Man muß sich einmal vor Augen führen, zu welchen Konsequenzen die Haltung der Rechtsprechung führt. Gefordert wird eine Klage im ordentlichen Rechtsstreit auf Mitwirkung bei der Einleitung des Ernennungsverfahrens.[73] Hat sich die

---

70 OLG (Hamburg), 23, 258; 27, 193; Wieczorek-Schütze, § 1029 Rn B I; v. Staff, S. 66; Richter, Das deutsche Schiedsgerichtsverfahren, S. 18 und S. 96

71 Sieg, JZ 1958, 719 (722)

72 So Schwab, Festschrift für Schiedermair (1976) S. 505

73 Ausdrücklich OLG (Hamburg), 23, 258. Anschließend stellt sich die Frage nach der Vollstreckung, die die h.M. im Wege des § 888 vornimmt - so Wieczorek-Schütze, § 1029 Rn B I, ohne daß er dazu nähere Angaben machte. Wieczorek-Schütze selbst, a.a.O., will gem. § 894 vollstrecken, was der Sache wohl auch wirklich genügte.

eine Partei z.B. mit der Begründung geweigert, der Schiedsvertrag sei unwirksam, so würde dieses Klageverfahren mit allen daraus folgenden Schwierigkeiten belastet, noch bevor überhaupt die Ernennung selbst zur Debatte stünde. Obsiegt die betreibende Partei und lehnt die Organisation die Ernennung anschließend ab - was ihr ja trotz eines solchen Urteils freistünde -, so hat jene nichts gewonnen und muß erneut Klage erheben, nun um ihr Sachanliegen zu verfolgen.

Die Lösung dieses Konflikts liegt darin, daß eine Mitwirkungspflicht zur Beauftragung des Dritten nicht besteht. Streitigkeiten bei der Bildung des Schiedsgerichts haben die Parteien mit der Bezeichnung des Dritten gerade ausschließen wollen. Daher führt eine interessengerechte Auslegung zu dem Ergebnis, daß auch dann, wenn die Klausel das primäre Ernennungsrecht des Dritten vorsieht, der Antrag einer Partei ausreicht.[74] Verkennt die Organisation diese Bedeutung der Vertragsbestimmung und stellt sie zusätzliche Anforderungen, so führt dies nicht zur Begründung einer Mitwirkungspflicht, sondern zum Scheitern des Ernennungsmechanismus. Die Haltung kommt einer Ablehnung gleich.[75] Nur mit dieser Lösung lassen sich die oben dargelegten Unzulänglichkeiten vermeiden. Der Kläger muß dann eben sein Ziel, und zwar sein Sachbegehren, unmittelbar im Wege der Klage verfolgen.

B. Das vom Dritten zu beobachtende Verfahren

I. Die Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen durch den Dritten

Hat sich der Dritte dazu entschieden, überhaupt bei der Ernennung der Schiedsrichter mitzuwirken, so wird er sich darüber Klarheit

---

74 Es sei denn, die Parteien haben ausdrücklich auf das gemeinsame Antragserfordernis einer Organisation Bezug genommen. Ein solcher Fall wird jedoch nicht berichtet. Auch OLG (Hamburg) 27, 193 gehört nicht dazu, da § 1 der Schiedsgerichtsordnung der Gewerbekammer sich nur auf das Schiedsgericht der Kammer bezog, dessen Zuständigkeit die Parteien nicht vereinbart hatten.

75 A.A. ausdrücklich OLG Hamburg, a.a.O.

verschaffen wollen, ob seine Mitwirkung auch der schiedsvertraglichen Grundlage entspricht. Soll er beispielsweise die Zwangsernennung für eine Partei vornehmen, so wird er prüfen wollen, ob die betreibende Partei den Opponenten vergeblich aufgefordert hat, seinen Schiedsrichter zu benennen. Das gleiche gilt, wenn die Gegenpartei geltend macht, die betreibende Partei könne aus dem Schiedsvertrag keine Rechte herleiten oder es fehle an einer Schiedsvereinbarung. Damit sind die Kompetenzen des Dritten angesprochen. Bei der Erörterung des Rechtscharakters der Tätigkeit wurde festgestellt, daß dem Dritten nach der Parteivereinbarung keinerlei richterliche Entscheidungskompetenz in diesen Fragen zukommt. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Parteien dem Dritten eine derartige Aufgabe übertragen haben, was jedoch einer ausdrücklichen Bestimmung bedarf [76], die die Tätigkeit des Dritten insoweit zur schiedsrichterlichen macht und dem eigentlichen Schiedsgericht sowie dem zuständigen staatlichen Gericht eine weitere Instanz vorschaltet. Mit der Feststellung, daß der Dritte keinerlei Entscheidungskompetenz besitzt, ist jedoch nicht notwendig verbunden, daß ihm die Ernennungsklausel auch keine Prüfungsbefugnis einräumt. Darum geht es hier. Ist der Dritte berechtigt, so stellt sich die Frage, die Voraussetzungen für sein Eingreifen zu prüfen oder ist er an die Behauptungen der betreibenden Partei gebunden?

1. Prüfung von Gültigkeit, Bestand und Tragweite des Schiedsvertrages

Kämen dem Dritten nach der Ernennungsklausel umfaßende Prüfungsbefugnisse zu, so hätte er notwendigerweise zunächst die Grundlage seiner Tätigkeit zu untersuchen, nämlich die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung. Rechtsprechung existiert zu dieser Frage nicht. In der Literatur finden sich vorsichtige [77]

---

76 Sieg JZ 1958, 719 (720); vgl. die Regelung in einer Schiedsgerichtsordnung, die bei Reimer/Mußfeld, S. 72, berichtet ist.

77 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 290, der jedoch, wie sich aus seinen Ausführungen, a.a.O., S. 294/295, ergibt, zwischen überschlägiger Prüfung und Prüfungsrecht unterscheidet und ein Prüfungsrecht ablehnt; Mittelstein, HansRZ 1926, Sp. 41 (47)

und teilweise recht unpräzise [78] Äußerungen, die aber alle auf eine Prüfungsbefugnis des Dritten hinauslaufen. Verbunden damit wird die Empfehlung, in Zweifelsfällen die Ernennung vorzunehmen.[79]

All diesen Auffassung liegt offensichtlich die Vorstellung zugrunde, daß von niemandem verlangt werden könne, bei der Ernennung von Schiedsrichtern mitzuwirken, wenn er nicht überzeugt ist oder es wenigstens nach eigener näherer Betrachtung für möglich hält, daß die Grundlage für seine Tätigkeit auch wirklich besteht. Dabei treten wieder Anlehnungen an die Tätigkeit staatlicher Gerichte zutage.[80] Mit Recht betont jedoch Khan, daß die Parteien bei der Bezeichnung des Dritten gerade auch den Fall im Auge gehabt hätten, daß sie selbst bei Auftreten des Streitfalles über die Frage schiedsrichterlicher Streiterledigung uneins sein würden.[81] Daraus aber folgt, daß die Ernennungsregelung so auszulegen ist, daß der Dritte die Gültigkeit des Schiedsvertrages zu unterstellen hat, oder anders ausgedrückt, daß es für die Funktion des Dritten auf die Gültigkeit der Schiedsvereinbarung nicht ankommt.

Es drängt sich der Eindruck auf, daß manche Dritte es mit der Würde des von ihnen gehaltenen Amtes für nicht vereinbar halten

---

78 Schlosser, Bd. 1, Nr. 518 - "über seine Kompetenz ... nachdenken"; Sieg 1958, 719 (720) - "überschlägig zu prüfen"

79 Schottelius, S. 83; Mittelstein, a.a.O.

80 OLG (Hamburg) 35, 159, worauf Mittelstein, a.a.O., sich bezieht, gibt dafür allerdings gar nichts her. Daß das staatliche Gericht im Rahmen der §§ 1029 Abs. 2, 1045 Prüfungskompetenz besitzt, ist fast einhellige Ansicht, siehe z.B. BGH NJW 1969, 978 (979); Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. II, 3, wonach eine Ablehnung des Antrags allerdings nur dann gerechtfertigt sein soll, wenn offensichtlich kein wirksamer Schiedsvertrag vorliegt. Im Sinne dieser eingeschränkten Prüfungsbefugnis auch Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 295, und angedeutet bereits in BYIL 42 (1967), 1 (26).

81 Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1028/1029)

ohne die Gewißheit der Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung die Ernennungsaufgabe zu übernehmen, angesichts der Möglichkeit, daß ein erstinstanzliches Gericht im nachhinein die Unwirksamkeit der Ernennung aussprechen könnte.[82] Wenn eine solche Befürchtung besteht, so wäre der richtige Weg, von der Annahme derartiger Aufgaben generell abzusehen, nicht jedoch durch die Anmaßung ungerechtfertigter Befugnisse das Vertrauen der Parteien zu enttäuschen.

Führt also die vom Dritten wahrzunehmende Funktion zu dem Schluß, daß die Frage der Gültigkeit des Schiedsvertrages keine Auswirkung auf die Tätigkeit des Dritten haben darf [83], so bedeutet dies, daß der Dritte an den Vortrag der betreibenden Partei gebunden ist. Das gilt nicht nur für die Wirksamkeit der Schiedsvereinbarung,sondern auch für andere Vorfragen, z.B. ob die Schiedsvereinbarung noch Bestand hat oder ob der Streitpunkt von der Tragweite der Schiedsvereinbarung gedeckt ist.

2. Prüfung der Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne

Wenn auch Gültigkeit, Bestand und Tragweite der Schiedsvereinbarung zu den Voraussetzungen gehören, auf denen eine wirksame Schiedsrichterernennung basiert [84], so gibt es doch bestimmte Erfordernisse, die als Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne bezeichnet werden können, wie z.B. die erfolglose Aufforderung der einen Partei, der Ablauf einer bestimmten Frist oder sonstige vertraglich bestimmte Anforderungen.[85] Diejenigen, die noch eine Prüfungskompetenz bezüglich der Gültigkeit des Schiedsvertrages ablehnen, meinen, daß der Dritte wenigstens die Befugnis besitzen müsse, die Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne festzustellen.[86]

---

82 Vgl. dazu insbesondere BGE 88 I 100 (105/106)

83 Mann, BYIL 42 (1967), 1 (20)

84 Betrachtet aus der Perspektive des prüfungsbefugten Schiedsgerichts bzw. des staatlichen Gerichts.

85 Vgl. P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 377

86 Khan, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1032), bezeichnet dies als eine Pflicht des Dritten gegen sich selbst.

Zweierlei spricht jedoch dagegen. Einmal ist die Trennung zwischen eigentlichen Ernennungsvoraussetzungen einerseits und Gültigkeit, Bestand und Tragweite des Schiedsvertrages andererseits nicht immer klar, so daß der Dritte leicht zur Erörterung von Fragen veranlaßt wird, die unbedingt in die Kompetenz des Schiedsgerichts fallen. Zweitens besteht die große Gefahr, daß der Dritte sich nicht nur zur Prüfung, sondern auch zur Entscheidung befugt halten wird und/oder das kompetente Schiedsgericht sich an die Feststellungen des Dritten, oft einer bedeutenden Persönlichkeit, gebunden betrachtet.[87] Im wohlverstandenen Interesse der Parteien ist daher eine Prüfungskompetenz des Dritten bezüglich der Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne abzulehnen. Vielmehr sind auch hier die Darlegungen der antragenden Partei maßgebend. Klarstellend sei erwähnt, daß diese sich natürlich nicht im leeren Raum bewegen können, sondern substantiiert sein müssen. Dazu ist jedoch in aller Regel die Bezugnahme auf den Schiedsvertrag sowie erforderlichenfalls auf das Aufforderungsschreiben ausreichend.[88]

Man mag gegen die hier gefundene Lösung einwenden wollen, sie mache den Dritten zur Marionette der betreibenden Partei. Einem solchen Einwand wäre jedoch entgegenzuhalten, daß die Überprüfung der oben erwähnten Vorfragen nicht in den Funktionsbereich des Dritten fällt. Seine Vorstellungen kommen erst da zum Tragen, wo es nach dem Willen der Parteien auf seine Persönlichkeit ankommt, nämlich bei der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter.

II. Der Entscheidungsspielraum des Dritten bei der Auswahl der Schiedsrichter

Bei der Charakterisierung der Rechtsnatur der Tätigkeit des Dritten wurde bereits herausgestellt, daß die Auswahl der Schieds-

---

87 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 295; ders., BYIL 42 (1967), 1 (26)

88 Nach den Darlegungen der betreibenden Partei muß sich also die Möglichkeit der Ernennungsbefugnis des Dritten ergeben. In diesem Sinne die Anmerkung bei Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 290 Fn. 10.

richter den Kern der Aufgabe des Dritten ausmacht. Hier trifft er eine Entscheidung, allerdings, dies wurde im gleichen Zusammenhang betont, keine richterliche. Welchen Richtlinien der Dritte bei der Auswahl der Schiedsrichter zu folgen hat, ist in erster Linie wiederum schiedsvertraglicher Bestimmung überlassen. Von praktischer Bedeutung ist vor allem die Bindung des Dritten an Schiedsrichterlisten, was bei Schiedsgerichtsinstitutionen häufig vorkommt.[89] Im vorliegenden Abschnitt soll geklärt werden, welcher grundsätzliche Entscheidungsspielraum dem Dritten entweder bei Fehlen jeder besonderen vertraglichen Regelung oder in Verbindung mit einer solchen Regelung zusteht, oder anders gewendet, in welchem Umfang der Auswahlentscheidung des Dritten nach dem Willen der Parteien bindende Wirkung zukommen soll.

Mann hat den vom Dritten zu beachtenden Auswahlmaßstab mit "billigem Ermessen" bezeichnet.[90] Dem ist zuzustimmen soweit damit zum Ausdruck gebracht wird, daß der Dritte eine bewußte Auswahl des oder der Schiedsrichter treffen muß und die Entscheidung nicht dem Zufall überlassen darf, etwa durch willkürliche Ansammlung von Namen und Losentscheid. Der Begriff "billiges Ermessen" erfordert darüber hinaus aber auch eine begründbare, an der Sache orientierte [91] und damit anhand objektiver Kriterien nachprüfbare Entscheidung.[92] Demgegenüber erscheint es jedoch zutreffender, daß die Parteien dem Dritten eine rein subjektive Auswahlbefugnis eingeräumt haben. Mit der Ober-

---

89 Die Urteile über derartige Listen gehen stark auseinander. Während Schlosser, Bd. 1, Nr. 434, ihre Anwendung gerade für den Fall ersatzweiser Ernennung durch den Dritten befürwortet und Reimer/Mußfeld, S. 82, sie für nicht unzweckmäßig halten, sehen Khan, Comunicazioni e Studi XIV (1975), 1021 (1041 Fn 51), und Kronstein, N.Y.U.L.Rev. 38 (1963), 661 (665), - allerdings aus verschiedenen Gründen - die Auswahlfreiheit des Dritten als dringend wünschenswert an.

90 Festschrift für Schnitzer (1979), S. 290

91 A.a.O. sowie S. 291 oben

92 Neumann-Duesberg, JZ 1952, 705 (707)

tragung des Ernennungsrechts ist die Überzeugung verbunden, der Dritte werde schon die richtige Auswahl treffen, und zwar allein aufgrund seiner persönlichen Qualifikation.[93] Eine Orientierung seiner Auswahl an der Natur der Streitsache, so wünschenswert dies ist, wird dem Dritten mangels einschlägiger Kenntnisse unter Umständen gar nicht möglich sein und sollte daher rechtlich nicht gefordert werden. Aus diesem Grunde ist der Maßstab "billiges Ermessen" zur Charakterisierung des Entscheidungsspielraums des Dritten abzulehnen. Dasselbe gilt für den Begriff "freies Ermessen", den Schlosser [94] im Zusammenhang mit der Schiedsrichterernennung durch staatliche Gerichte verwendet. Wenn "freies Ermessen" auch die Rücksicht auf den Parteiwillen ausklammert, so bedeutet doch "Ermessen" auch hier, daß sich der Entscheidende an der Sache, also an objektiven Kriterien, zu orientieren hat. Zutreffender erscheint der Begriff "freies Belieben", mit dem das Reichsgericht den Spielraum des Dritten in einem obiter dictum charakterisiert hat.[95] Die Bezeichnung ist auch in der Praxis häufig anzutreffen [96], manchmal mit dem ausdrücklichen Bemerken, daß die Parteien die Auswahlentscheidung nicht angreifen können sollen.[97] Allerdings ist dieser Zusatz überflüssig, denn "freies Belieben" bedeutet, daß der Dritte eine nur durch gesetzliche Anforderungen beschränkte [98], an rein subjektiven Kriterien ausgerichtete Entscheidung treffen kann,

---

93 Oder schlichtweg als "Mann von Welt", um mit Mann, BYIL 42 (1967), 1 (22), zu sprechen.

94 Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. II 3

95 RGZ 108, 246 (249). Das Gericht lehnte die Auffassung ab, bei Wegfall des Dritten sei § 319 Abs. 1 S. 2 2. Hs. BGB entsprechend anzuwenden und wies darauf hin, daß die Lage eher mit § 319 Abs. 2 BGB zu vergleichen sei.

96 Vgl. die Angaben bei Reimer/Mußfeld, S. 53

97 So die Bestimmung im Vertrag zwischen der National Iranian Oil Co. und Sapphire Petroleum Ltd. vom 16. Juni 1958. Art. 41 Abs. 4, abgedruckt in ILR 35 (1967), 136 (141), lautet insoweit:

> "The appointment of an umpire or sole arbitrator under paragraph 1 shall be within the complete discretion of the person authorized to make it, and the exercise of his discretion may not be questioned by either party ..."

98 Vor allem also die Pflicht, unparteiische Schiedsrichter auszuwählen.

deren Inhalt in vollem Umfang bindend ist. Mag es auch wünschenswert erscheinen, wenn der oder die Schiedsrichter bei einer rechtlich schwierigen Streitigkeit fundierte Rechtskenntnisse besitzen, so ist z.B. die Ernennung des Altwarenhändlers X durch den Landgerichtspräsidenten Y, der jenen als weisen Menschen ansieht, wirksam und für die Parteien bindend, gleich ob sich der Streit um die Verkehrssitte beim Ankauf gebrauchter Autoteile oder um die Gültigkeit eines Beherrschungsvertrages dreht.

III. Die Verpflichtung des Dritten, den Parteien rechtliches Gehör zu gewähren

Der Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist tragende Maxime des schiedsgerichtlichen Verfahrens.[99] Diese Feststellung bezieht sich allerdings gemeinhin nur auf den Schiedsstreit selbst, so wie er Gegenstand der Entschließung des Schiedsgerichts wird.[100] Eine knappe Antwort auf die oben gestellte Frage könnte daher lauten, daß der Dritte keine schiedsrichterlichen Funktionen ausübt und infolgedessen auch nicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs verpflichtet ist. Aus den §§ 1037, 1045 Abs. 2 ergibt sich jedoch, daß die Parteien auch mit Einwänden bezüglich der Bildung des Schiedsgerichts zu hören sind, mit anderen Worten, daß sich der Grundsatz des rechtlichen Gehörs auf das gesamte Schiedsgerichtsverfahren erstreckt. Fraglich ist daher, ob nicht auch der Dritte, der ja bei der Bildung des Schiedsgerichts mitwirkt, Adressat dieser Verfahrensmaxime ist.

Teilweise wird diese Frage uneingeschränkt bejaht.[101] Soweit damit lediglich zum Ausdruck gebracht werden soll, daß der Dritte die Gegenpartei von dem Ernennungsgesuch zu unterrichten hat, ist

---

99 Dies ergibt sich schon aus der besonderen Hervorhebung als Verfahrensgrundsatz in § 1041 Abs. 1 Ziff. 4 gegenüber Ziff. 1.

100 Siehe etwa die Kommentierung bei Stein-Jonas-Schlosser, § 1034 Anm. III 2 a

101 Schlosser, Bd. 1, Nr. 518, der an dieser Stelle alle Funktionen, die Dritte ausüben können, zusammenfaßt.

dem zuzustimmen.[102] Unterrichtung ist jedoch nicht gleichzusetzen mit der Gewährung rechtlichen Gehörs, was Gelegenheit zur Stellungnahme bedeutet. Die Anwendbarkeit des Grundsatzes muß von vornherein ausscheiden soweit die Parteien Einwände in Bezug auf Vorfragen erheben. Da der Dritte, sowohl was Gültigkeit und Reichweite des Schiedsvertrages als auch was die Ernennungsvoraussetzungen im engeren Sinne angeht, keinerlei Prüfungs- und Entscheidungsbefugnisse besitzt, sind allein Schiedsgericht sowie u.U. staatliches Gericht das geeignete Forum, vor denen die Parteien diesbezügliche Einwände vortragen können und auch gehört werden müssen. Hört der Dritte die Parteien dennoch, so ist das nicht nur überflüssig, sondern er überschreitet damit die ihm von den Parteien selbst gesetzten Befugnisse.[103]

Was dagegen die Auswahl der Schiedsrichter anbetrifft, so ist die Ausgangslage anders, da der Dritte hier eine bindende Auswahlentscheidung trifft. Das Vertrauen der Parteien in die Person des Schiedsrichters ist einer der maßgebenden Faktoren für die einverständliche Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens, so daß es durchaus von Bedeutung sein kann, daß die Parteien Gelegenheit erhalten, Vorschläge und Einwände zur Auswahl der Schiedsrichter zu äußern. Das gilt auch für den Fall, daß der Dritte den Schiedsrichter anstelle einer untätigen Partei auswählt.[104] Jedoch ist hier scharf zwischen den Befugnissen und der Verpflichtung des Dritten zu unterscheiden. Da er seinen Auswahlspielraum ausüben muß, ist er als befugt anzusehen, von den

---

102 Vgl. dazu BGE 88 I 100 (101/102)

103 Es ist daher nicht zutreffend, wenn P. Lalive, Festgabe für Schönenberger (1968), S. 384 Fn 25, ausführt, dies sei eine Frage der "opportunité". Von seinem Standpunkt aus - Annahme einer richterlichen Entscheidung - hätte er ohnehin zu einer Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs kommen müssen. Warum dies in "internationalen" Schiedsgerichtsverfahren nicht gelten soll, bleibt unerklärt.

104 Pirrung RIW/AWD 1977, 513 (516). Allerdings werden sich die Einwände der untätigen Partei häufig gegen die Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens überhaupt richten und sich daher durch die Anhörung bei der Auswahl der Schiedsrichter nur selten beseitigen lassen.

Parteien Auskünfte und Stellungnahmen einzuholen.[105] Vielleicht besitzt er aber auch ohne diese Hilfe eindeutige Vorstellungen bezüglich der Schiedsrichter. Dann eine Verpflichtung zur Gewährung rechtlichen Gehörs anzunehmen, widerspräche der Erklärung der Parteien, mit der sie den Dritten ermächtigt haben. In ihr haben sie in vollem Umfang auf die Person des Dritten vertraut, wie wenn sie selbst die Schiedsrichter schon bezeichnet hätten, und diesem die subjektive Auswahl überlassen. Damit ist nicht etwa ein unzulässiger Verzicht auf rechtliches Gehör verbunden. Vielmehr haben die Parteien in vertraglich zulässiger Weise eine Funktion geschaffen, bei deren Ausübung der Dritte allein seinen eigenen Vorstellungen folgen darf. Oft wird der Dritte von dieser Befugnis keinen Gebrauch machen und die Ansichten der Parteien in Erfahrung bringen wollen. Soll er dazu jedoch verpflichtet sein, so bedarf es einer entsprechenden vertraglichen Ausgestaltung seiner Aufgabe durch die Parteien.[106]

Festzuhalten bleibt, daß dem Dritten nur eine Unterrichtungspflicht obliegt. Die vertragliche Ermächtigung verpflichtet den Dritten dagegen nicht, und zwar in keiner Hinsicht, zur Gewährung rechtlichen Gehörs.[107] Dem Grundsatz wird Genüge getan, wenn die Parteien Gelegenheit erhalten, Einwände gegen die Besetzung des Schiedsgerichts vor dem Schiedsgericht bzw. dem ordentlichen Gericht vorzutragen.

C. Die Bestellung der ausgewählten Schiedsrichter

Nachdem der Dritte seine Auswahl getroffen hat, muß er den oder die Schiedsrichter bestellen. Oft wird der Dritte Auswahl und

---

105 Art. 8 Ziff. 1 S. 2 der UNCITRAL-Schiedsgerichtsordnung verpflichtet die Parteien zur Mitwirkung beim Auswahlverfahren.

Es ist jedoch - worauf Mann, Festschrift für Schnitzer (1979) S. 294, hinweist - im Hinblick auf die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der auszuwählenden Schiedsrichter Vorsicht am Platz, wenn der Dritte sich die Anregung einer Partei zu eigen macht.

106 Vgl. v. Staff, S. 65

107 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 294/295

Bestellung nicht getrennt voneinander vornehmen, sondern die Ernennung in einer einzigen Handlung vollziehen. Aus diesem Grunde ist es nicht immer ganz einfach, die mit der Schiedsrichterbestellung zusammenhängenden Rechtswirkungen voneinander zu unterscheiden.

I. Wirksamwerden der Schiedsrichterernennung

Die erste Frage betrifft den Eintritt der Bestellungswirkung, d.h. den Zeitpunkt, von dem an die ausgewählte Person als Schiedsrichter eingesetzt ist. Ein Blick auf die Situation bei der Schiedsrichterernennung durch die Parteien selbst zeigt, daß die Frage dort umstritten ist. Die wohl vorherrschende Auffassung ist die, daß die irgendwie geartete Kundgabe des Ernennungswillens durch die ernennende Partei ausreicht und daß insbesondere § 1030 nicht verlangt, daß die Erklärung der Gegenpartei zugeht.[108] Häufig findet sich jedoch die gegenteilige Ansicht, die die Bestellung als einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung betrachtet.[109] Eine dritte Auffassung wird schließlich von Schwab vorgetragen, der für die Wirksamkeit der Schiedsrichterernennung sowohl die Anzeige an die Gegenpartei als auch die Zustimmung des ausgewählten Schiedsrichters fordert.[110]

Diese Meinungen argumentieren sämtlich auf der Grundlage des in der Zivilprozeßordnung vorgesehenen Zweiparteienschiedsrichtersystems, d.h. darauf, daß jede Partei ihren Schiedsrichter auswählt und bestellt, und dabei insbesondere der Vorschrift des § 1030. Auf dieser Basis läßt sich durchaus mit der vorherrschenden Auffassung argumentieren, daß für die Begründung der Befugnis, das Schiedsrichteramt auszuüben, die Rechtshandlungen der jeweils ernennenden Partei auch ohne eine Erklärung

---

108 RG JW 1929, 108; OLG Hamburg DR 1939, 2178; Stein-Jonas-Schlosser, § 1030 Anm. I Fn 1

109 OLG Dresden JW 1939, 654; Wieczorek-Schütze, § 1029 Rn A II a

110 Festschrift für Schiedermair (1976), S. 503/504

gegenüber der Gegenpartei als ausreichend angesehen werden können. Es fragt sich jedoch, ob sich diese Überlegungen auch auf die Ernennung durch Dritte übertragen lassen, ob also der Dritte die Bestellung wirksam vornehmen kann, ohne daß eine der Parteien davon Kenntnis erlangt.

Dafür spricht, daß der Dritte nach allgemeiner und zutreffender Ansicht mit der Übertragung der Ernennungsbefugnis zugleich bevollmächtigt wird, mit Wirkung für und gegen die Parteien den Schiedsrichtervertrag abzuschließen.[111] Die Parteien haben dem Dritten also alle Schritte zur Schaffung des Schiedsrichteramtes und der vertraglichen Bindung des Schiedsrichters ermöglicht. Dann darf aber auch nicht die Gefahr bestehen, daß sich der Dritte mangels wirksamer Begründung des Schiedsrichteramtes der ausgewählten Person gegenüber schadensersatzpflichtig macht. Deshalb ist die Übertragung der Ernennungsbefugnis zugleich als Verzicht auf den Zugang der Anzeige von der Bestellung anzusehen und die Auffassung des OLG Dresden [112] sowie eines Teils der Literatur [113], welche die Anzeige an die Parteien als Wirksamkeitsvoraussetzung ansieht, abzulehnen.

Abzulehnen ist aber auch die Auffassung Schwabs, der für die Wirksamkeit der Bestellung neben der Anzeige noch die Zustimmung des Schiedsrichters fordert.[114] Diese Ansicht verträgt sich einmal nicht mit der Vorschrift des § 1031, die den Fall regelt, daß der bereits ernannte Schiedsrichter die Übernahme seines Amtes ablehnt. Die Ansicht legt außerdem nahe, daß der gegenläufige Akt, die Enthebung des Schiedsrichters von seinem Amt, ebenfalls nur mit dessen Zustimmung erfolgen kann. Dies aber stünde im Widerspruch zur Zivilprozeßordnung, die die Herrschaft der Parteien über das gesamte Schiedsgerichtsverfahren anerkennt.

---

111 Siehe oben, 1. Teil, Fn 45

112 JW 1939, 654

113 Grimm/Rochlitz. Das Schiedsgericht in der Praxis, S. 47; Prager, S. 125; v. Staff, S. 137; Sieg, JZ 1958, 719 (720).

114 Festschrift für Schiedermair (1976), S. 504

Die vorstehenden Ausführungen gelten natürlich ausschließlich für die Frage des Wirksamwerdens der Bestellung. Aus ihnen folgt nicht, daß die Parteien von den Rechtshandlungen des Dritten keine Kenntnis erhalten müssen. Entsprechend der Bedeutung, die die Schiedsrichterbestellung für den Gesamtablauf des Schiedsgerichtsverfahrens besitzt, und der Notwendigkeit, daß die Parteien Kenntnis haben, wer ihren Streit entscheiden wird, sind vielmehr die Rechtsbeziehungen zwischen ihnen und dem Dritten so zu konkretisieren, daß der Dritte verpflichtet ist, die Parteien zu benachrichtigen, allerdings u.U. von der bereits erfolgten Bestellung.

II. Die Bindung des Dritten an seine Auswahlentscheidung

Die Autoren, die sich mit dieser Frage befassen, stellen ausnahmslos fest, daß § 1030 auf die Ernennung durch Dritte entsprechende Anwendung findet, daß der Dritte also an den ausgewählten Schiedsrichter gebunden ist, sobald er seine Auswahlentscheidung einer der beiden Parteien angezeigt hat.[115] Jedoch stellt sich auch hier wieder die Frage, ob sich die Regelung der Zivilprozeßordnung ohne weiteres auf den Fall der Ernennung durch Dritte übertragen läßt.

§ 1030 basiert auf dem Umstand, daß die Partei bei der Ernennung "ihres" Schiedsrichters volle Freiheit besitzt. Die Vorschrift bestimmt, daß diese Handlungsfreiheit ein Ende findet, wenn die Gegenpartei von der Ernennung einer bestimmten Person Kenntnis erhalten hat. Von diesem Zeitpunkt an besteht, gleich welcher der obengenannten Auffassungen zur Wirksamkeit der Ernennung man zustimmt [116], die Bindung an die so bezeichnete Person wie wenn die Bestellung gemeinsam erfolgt wäre. Sowohl nach der Auffassung des Reichsgerichts als auch nach der des OLG Dresden besteht damit

---

115 Stein-Jonas-Schlosser, § 1030 Anm. V; Balser/Bögner, Schiedsvertrag und Schiedsverfahren, S. 38; Prager, S. 126; Reimer/Mußfeld, S. 71; v. Staff, S. 67; Sieg, JZ 1958, 719 (720)

116 Fn 108 - 110

die Möglichkeit, daß die Partei den Schiedsrichter auswählt und mit ihm einen Schiedsrichtervertrag abschließt [117], anschließend jedoch ihre Ansicht ändert und der Gegenpartei die Ernennung einer anderen Person mitteilt. An letztere ist sie dann gebunden. Die Rechtsnachteile aus dem Bruch des Schiedsrichtervertrages mit dem ersten - nach der Auffassung des OLG Dresden vorläufigen - Schiedsrichter hat sie allerdings auf sich zu nehmen. Überträgt man diese Grundsätze auf die Schiedsrichterernennung durch Dritte, so bedeutet dies, daß der Dritte den Schiedsrichter bestellen und mit ihm den Schiedsrichtervertrag abschließen könnte, ohne den Parteien gegenüber an diese Person gebunden zu sein. Änderte er seine Meinung, so bestünde die Möglichkeit, daß der Dritte die Parteien mit Schadensersatzansprüchen aus dem Schiedsrichtervertrag belasten würde, den er aufgrund seiner Vollmacht abgeschlossen hat. Aus dieser Konsequenz wird deutlich, daß die Interessenlage bei der Schiedsrichterernennung durch Dritte anders gelagert ist als bei der Parteiernennung. Dort hat die Partei, die ihre Ansicht ändert, die Rechtsnachteile selbst zu tragen. Dem Dritten aber kann es nicht gestattet sein, eine andere Person zu bestellen, wenn er bereits Rechtswirkungen herbeigeführt hat, die zu Lasten der Parteien gehen. § 1030 findet somit keine analoge Anwendung.

Zusammenfassend bedeutet dies folgendes. Gleich ob der Dritte die Bestellung den Parteien anzeigt oder nicht, erfolgt sie spätestens in dem Zeitpunkt, in dem der Dritte den Schiedsrichtervertrag abschließt. Ferner erfordert die Interessenlage, daß der Dritte mit der Bestellung, also ebenfalls spätestens bei Abschluß des Schiedsrichtervertrages, an seine Auswahl gebunden ist. Will der Dritte den Eintritt der Bindungswirkung so lange wie möglich hinausschieben, so wird er zunächst bei der in Aussicht genommenen Person anfragen, ob sie einverstanden ist, das Amt zu übernehmen, sodann die Stellungnahme der Parteien einholen und schließlich die Bestellung aussprechen.

---

117 Ernennung ist hier ohne Anzeige nur möglich, wenn man dem Reichsgericht, oben Fn 108, folgt.

III. Erneute Ernennung durch den Dritten

Im Zusammenhang mit der Bestellung soll abschließend noch die Situation erörtert werden, die entsteht, wenn der vom Dritten ernannte Schiedsrichter wegfällt oder die Übernahme oder Ausführung seines Amtes verweigert. Zwei Fragen stellen sich. Die erste lautet, ob § 1033 Ziff. 1 Anwendung findet, mit der Folge der Hinfälligkeit des Schiedsvertrages, oder ob der Fall von § 1031 S. 1 erfaßt wird. Gemäß § 1033 Ziff. 1 muß dann, wenn sich die Parteien in der Schiedsvereinbarung auf bestimmte Schiedsrichter geeinigt haben, ihre Absicht angenommen werden, daß nur diese Schiedsrichter den Streit entscheiden sollen.[118] Ist dies aus den näher bezeichneten Gründen nicht möglich, so wird die Vereinbarung hinfällig. Demgegenüber besagt § 1031 S. 1, daß der Wegfall eines nicht in der Schiedsvereinbarung ernannten Schiedsrichters zur Folge hat, daß die Partei, die ihn ernannt hat, einen Ersatzschiedsrichter bestellt. Beide Vorschriften erfassen die Schiedsrichterernennung durch Dritte ihrem Wortlaut nach nicht.

Eine analoge Anwendung von § 1033 Ziff. 1 ist mit der einhelligen Auffassung in der Literatur [119] abzulehnen. Hinter der Vorschrift steht der Gedanke, daß eine erneute Einigung der Parteien dann, wenn das Schiedsverfahren erst einmal begonnen hat, ein großes Hindernis für die Fortführung des Verfahrens darstellt. Im Falle der Ernennung durch einen Dritten besteht jedoch ein Ersatzmechanismus, der für eine erneute Ernennung herangezogen werden kann.

Bei einer entsprechenden Anwendung von § 1031 S. 1 stellt sich die Frage, wer die Ersatzernennung des weggefallenen Schiedsrichters vornehmen soll. Hat der Dritte den Schiedsrichter primär ernannt, so wird zutreffenderweise allgemein dafür gehalten, daß die Ernennungsbefugnis des Dritten auch die ersatzweise Er-

---

118 Stein-Jonas-Schlosser, § 1033 Anm. I; Wieczorek-Schütze, § 1033 Rn A I

119 Stein-Jonas-Schlosser, a.a.O.; Wieczorek-Schütze, a.a.O., Rn A II a; Grimm/Rochlitz, S. 52; Prager, S. 124; v. Staff, S. 66

nennung umfaßt.[120] Etwas anderes wird jedoch von einigen Autoren für den Fall angenommen, daß der Dritte den Schiedsrichter ursprünglich zwangsernannt hat. Dann, so meinen sie, brauche die Partei, die ursprünglich habe ernennen sollen, nicht weitere Nachteile in Kauf zu nehmen und dürfe nunmehr selbst die Ersatzernennung vornehmen.[121] Eine solche Lösung überzeugt jedoch nicht. Die Säumnis einer Partei beruht sehr häufig auf einer grundsätzlichen Weigerung, am Schiedsverfahren teilzunehmen. Ihr das Ersatzernennungsrecht zuzubilligen, führt daher häufig dazu, daß sie die Möglichkeit zu erneuter Verzögerung erhält. Ferner sieht die Regelung des § 1031 S. 2 vor, daß bei Verzögerung der Ersatzernennung durch die Partei die staatlichen Gerichte die zwangsweise Ersatzernennung vornehmen. Warum sollen aber die staatlichen Gerichte eingeschaltet werden, wenn der Wille der Parteien durch die Einschaltung des Dritten erkennen läßt, daß die gesetzliche Zuweisung des Ernennungsrechts in § 1029 Abs. 2, eine Vorschrift, der § 1031 S. 2 nachgebildet ist, ausgeschlossen sein soll? Die Schiedsvereinbarung ist demnach in der Weise auszulegen, daß der Dritte stets die Befugnis zu ersatzweiser Ernennung besitzt, auch dann, wenn er ursprünglich subsidiär tätig geworden ist. Dies entspricht auch dem Grundgedanken der Vorschrift des § 1031 S. 2 [122], da sie bei nicht im Vertrag ernannten Schiedsrichtern die ersatzweise Ernennung durch denjenigen vorsieht, welcher den weggefallenen Schiedsrichter tatsächlich ernannt hatte.

---

120 Stein-Jonas-Schlosser, § 1031 Anm. III; Wieczorek-Schütze, § 1031 Rn A III; Sieg, JZ 1958, 719 (720)

121 Wieczorek-Schütze, § 1031 Rn A II; Schlosser, Bd. 1, Nr. 452

122 So auch Reiner/Mußfeld, S. 104

3. Teil
Die Schiedsrichterernennung durch Dritte in internationalen Schiedsgerichtsverfahren

Die bisherigen Ausführungen befaßten sich mit Schiedsgerichtsverfahren ohne Auslandsberührung, d.h. es wurde vorausgesetzt, daß zwei deutsche Parteien ein Schiedsgericht mit Sitz in Deutschland vereinbaren, dessen Schiedsrichter ganz oder zum Teil von einem Deutschen ernannt werden, so daß alle auftauchenden Fragen, wie etwa die Rechtsstellung des Dritten oder das von ihm zu beobachtende Verfahren, vom deutschen Recht beherrscht werden. Im folgenden ist zu untersuchen, was für sog. internationale Schiedsgerichtsverfahren zu gelten hat. Hierhin gehört beispielsweise die Konstellation, daß zwei Deutsche sich auf ein Schiedsgericht mit Sitz in New York einigen, dessen Obmann von der New Yorker Chamber of Commerce ernannt werden soll, oder daß - bei gleichem Sitz des Schiedsgerichts - die Internationale Handelskammer in Paris die Bestimmung des Obmanns zu treffen hat. Ferner betrifft dies auch die Fälle, in denen lediglich die Person des Dritten die Verbindung zu Deutschland herstellt, wenn also z.B. ein Brasilianer und ein Spanier ein Schiedsgericht mit Sitz in Luxemburg vereinbaren, dessen alleiniger Schiedsrichter vom Präsidenten des Landgerichts Köln bestellt werden soll.

Über die Art und Weise, wie das auf einzelne Teilaspekte eines internationalen Schiedsverfahrens, also auch auf die Schiedsrichterernennung, anwendbare Recht zu bestimmten ist, herrschen unterschiedliche Auffassungen. Nach einem Teil der Literatur soll der Sitz des Schiedsgerichts maßgebend sein, während nach anderen das anwendbare Recht parteiautonom entsprechend den Kollisionsnormen des Forums bestimmt wird.[1)] Aus zwei Gründen

---

1 Einerseits Schottelius, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit, S. 50 ff; Mann, ZHR 130 (1968), 97 ff; Sausser-Hall, Ann. Inst. Droit Int. 44 (1952) I 469 ff; andererseits Schlosser, Bd. 1, Nr. 211 ff

erscheint eine Stellungnahme in diesem Streit für Zwecke der vorliegenden Arbeit nicht erforderlich. Einmal ist beiden Auffassungen gemein, daß sie der Parteiautonomie breiten Raum lassen, wenn auch unter verschiedenen Gesichtspunkten. Wird der Sitz des Schiedsgerichts als maßgebender Faktor für die Bestimmung des anwendbaren Rechts betrachtet, so wird doch gleichzeitig betont, daß es die so gewonnene lex fori oder lex arbitri den Parteien gestatten kann, entweder eine andere Rechtsordnung zu berufen oder aber das Verfahren frei auszugestalten.[2] Wird die Parteivereinbarung selbst als originäres Kollisionsrecht betrachtet, so folgt daraus ohnehin die Maßgeblichkeit der Parteiautonomie.[3] Auf dieser Grundlage lassen sich unterschiedliche Ergebnisse für die Schiedsrichterernennung durch Dritte kaum denken, da im Bereich der Bildung des Schiedsgerichts keine zwingenden Vorschriften existieren [4], so daß es den Parteien freisteht, eine andere gesetzliche Regelung als die, die am Sitz des Schiedsgerichts gilt, zu berufen oder aber das Verfahren selbst auszugestalten.

Zum zweiten ist mit einer Festlegung des für Schiedsverfahren generell maßgebenden Anknüpfungsmoments noch nicht viel gewonnen. Die international-privatrechtliche Behandlung der Schiedsrichterernennung durch Dritte muß nämlich sowohl schiedsverfahrensrechtlichen Elementen, wie der Unparteilichkeit der auszuwählenden Schiedsrichter, als auch schiedsvertraglichen Bestandteilen, wie der Zulässigkeit der Übertragung der Ernennungsbefugnis, als auch Fragen der Rechtsstellung des Dritten, wie etwa der Zulässigkeit seines Tätigwerdens, gerecht werden. Wollte man die Schiedsrichterernennung durch Dritte einheitlich dem Verfahrensstatut unterstellen - in Übereinstimmung mit der sonstigen Handhabung bei Fragen der Bildung des Schiedsgerichts [5] - so könnte dies oftmals nicht weiterhelfen, da im Zeitpunkt der Ernennung durch

---

2 Mann, ZHR 130 (1968), 97 (108). Das wird von Lew, Applicable Law in International Arbitration, S. 252 ff, nicht berücksichtigt.

3 Schlosser, Bd. 1, Nr. 211 ff; Gentinetta, S. 168 ff; vgl. auch Böckstiegel, Festschrift für Beitzke (1979), S. 455.

4 Ausnahme ist die Vorschrift des Art. 22 des spanischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit, auf die sogleich eingegangen wird.

5 Schlosser, Bd. 1, Nr. 432 ff; Mann, ZHR 130 (1968), 97 (108)

den Dritten das Verfahrensstatut mangels Bestimmung des Sitzes des Schiedsgerichts in der Schiedsvereinbarung oder mangels besonderer Parteiabrede noch nicht feststellbar ist. Außerdem stellt sich das Problem, ob nicht beispielsweise Fragen der Rechtsstellung des Dritten völlig getrennt zu bestimmen sind, mit anderen Worten, ob Sitz des Schiedsgerichts oder Parteivereinbarung insoweit überhaupt gültige Anknüpfungsmomente sein können. Daher ist es unumgänglich, die internationalprivatrechtliche Frage jeweils im Hinblick auf einzelne, bei Schiedsrichterernennung durch Dritte auftretende Rechtsprobleme zu stellen und zu untersuchen.

8. Kapitel
Das auf die Rechtsstellung des Dritten anwendbare Recht

Bezugnehmend auf den ersten Teil der Arbeit fragt sich zunächst, welches Recht die Stellung des Dritten beherrscht, also seine Befugnis tätig zu werden, den Rechtscharakter seiner Tätigkeit usw. Mann hat auf diese Frage eine eindeutige Antwort gegeben: Die Rechtsstellung des Dritten beurteile sich nach dem Recht, dem der Dritte untersteht. [6] Diese Aussage überrascht, beruht doch die Ernennungsbefugnis des Dritten auf der Schiedsvereinbarung, so daß die Maßgeblichkeit des Vertragsstatuts naheliegt.[7]

Angenommen, ein zwischen einem Spanier und einem Deutschen in Köln geschlossener und zu erfüllender Vertrag sieht Streitbeilegung durch ein Schiedsgericht mit Sitz in Köln vor, dessen Obmann vom Präsidenten der Handelskammer in Madrid bestimmt werden soll. Als die deutsche Partei die Bildung des Schiedsgerichts be-

---

6 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 288

7 Die deutsche Rechtsprechung sieht das Vertragsstatut als für die Schiedsvereinbarung maßgeblich an, vgl. BGHZ 48, 35 (46) m.w.N.

treibt, wendet die spanische Partei ein: 1. die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf den Handelskammerpräsidenten sei gem. Art. 22 des spanischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit[8] unwirksam; 2. dieselbe Vorschrift verbiete es dem Präsidenten, als Dritter zu fungieren und die Ernennung des Obmanns vorzunehmen. Der erste Einwand betrifft die Frage, ob der Weg der Schiedsrichterernennung durch Dritte überhaupt in der Schiedsvereinbarung beschritten werden kann. Da es ohne eine Prozedur für die Ernennung der Schiedsrichter - sei sie gesetzlich bestimmt oder vertraglich vereinbart - einen wirksamen Schiedsvertrag nicht geben kann, muß sich dieser Einwand nach dem Vertragsstatut richten und nicht nach dem Verfahrensstatut, welches ansonsten für Fragen der Schiedsrichterernennung herangezogen wird.[9] Im genannten Beispiel beurteilt sich der erste Einwand daher nach deutschem Recht, welches gemäß § 1028 die Übertragung der Ernennungsbefugnis auf Dritte gestattet. Das Recht, dem der Dritte untersteht, im Beispiel also spanisches Recht, kann für die vertragliche Begründung seiner Rechtsstellung nicht maßgebend

---

8 Ley sobre el arbitraje vom 22. Dezember 1963, Legislacion y Disposiciones de la Administracion Central 30 (1963), 791. Die Vorschrift des Art. 22 lautet in der Übersetzung:

> "Die Schiedsrichter sind von den Parteien gemeinsam zu ernennen.
>
> Eine Vertragsbestimmung, wonach die Befugnis, einen Schiedsrichter zu ernennen, einer der Parteien oder einem Dritten übertragen ist, ist nichtig."

Das Verbot gilt sowohl für Schiedsklausel als auch für Kompromissum, Art. 8 Abs. 3 des Gesetzes. Die Rechtsprechung zum Vorläufer der Bestimmung, Art. 791 ley enjuicamiento civil, und Äußerungen in Rechtsprechung und Literatur lassen Gründe für die Beschränkung des Art. 22 nicht erkennen, vgl. einerseits Tribunal Supremo, Urt. v. 3o.November 1921, Jurisprudencia Civil 151 (1923), 607 (612), andererseits Rodriguez-Lago, Los arbitrajes de derecho privado, S. 112. Anscheinend sieht das spanische Recht die gemeinsame Ernennung als wesentliche Voraussetzung für die erfolgreiche Durchführung des Schiedsgerichtsverfahrens an. Auf statutarische Schiedsgerichte findet Art. 22 keine Anwendung, Rodriguez-Lago, a.a.O.

9 Schlosser, Bd, 1, Nr. 432 ff; Mann, ZHR 130 (1968), 97 (108)

sein [10], da der Vertragsschluß lediglich bedeutet, daß sich die Parteien der Bestimmung des Dritten unterwerfen, nicht jedoch die Frage entscheidet, ob es dem Dritten auch erlaubt ist, die Ernennung vorzunehmen. Die oben wiedergegebene Stelle bei Mann bezieht sich, richtig verstanden, also nicht auf die Begründung der Ernennungsbefugnis des Dritten, sondern auf die bereits begründete Rechtsstellung. Dementsprechend richtet sich dann der zweite im Beispiel genannte Einwand der spanischen Partei, der die Frage betrifft, ob es dem Dritten auch gestattet ist, seine vertraglich begründete Befugnis auszuüben, nach spanischem Recht, und die hier nicht weiter zu untersuchende Frage müßte lauten, ob Art. 22 des spanischen Gesetzes über die Schiedsgerichtsbarkeit nicht nur die schiedsvertragliche Übertragung der Ernennungsbefugnis verbietet, sondern ob die Vorschrift so auszulegen ist, daß sie Dritten auch die Übernahme dieses Amtes untersagt.[11]

Der Maßgeblichkeit des Rechts, dem der Dritte untersteht, unterfallen neben der Befugnis, das Amt des Dritten auszuüben, auch alle weiteren im ersten Teil der Arbeit behandelten Rechtsfragen. Dazu zählt insbesondere auch die Verpflichtung des Dritten, die Ernennung vorzunehmen.[12] Bestimmen also beispielsweise zwei Deutsche ein Schiedsgericht mit Sitz in München, dessen Obmann vom Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts ernannt werden soll, und weigert sich dieser die Ernennung vorzunehmen, weil eine Partei die Unwirksamkeit des Schiedsvertrages einwendet, so entscheidet schweizer Bundesrecht über die Frage, ob der Präsident tätig zu werden hat.

Schlosser will auf solche Fragen das Schiedsverfahrensrecht anwenden.[13] Jedoch steht das Schiedsverfahrensrecht in dem Zeit-

---

10 Es sei denn, es ist mit dem Vertragsstatut identisch.

11 Ein solches Verbot richtete sich nicht an die Vertragsparteien. Es handelt sich daher auch nicht um einen Fall, in dem die Frage nach einer Sonderanknüpfung gestellt werden kann. Vgl. dazu Mann, Festschrift für Beitzke (1979), S. 607 ff

12 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 289

13 Bd. 1, Nr. 446

punkt, in dem der Dritte zur Ernennung schreiten soll, oftmals noch gar nicht fest.[14)] Weiterhin ist der Dritte an der Wahl des Schiedsverfahrensrechts durch die Parteien, also meist mit Festlegung des Sitzes des Schiedsgerichts, nicht beteiligt, so daß man auch nicht allgemein von dem Willen des Dritten ausgehen kann, sich dem Verfahrensstatut zu unterwerfen. Schließlich ist das Verfahrensstatut auch nicht geeignet, über Fragen der Rechtsstellung des Dritten zu entscheiden, wie sich an der Frage der hoheitlichen oder privaten Tätigkeit des Dritten deutlich zeigen läßt. Wenn ein Schweizer und ein Österreicher Streiterledigung durch einen Einzelschiedsrichter vereinbaren, der das Verfahren in Zürich durchführen und vom Präsidenten des Oberlandesgerichts Stuttgart bestellt werden soll, so ist Verfahrenstatut schweizer Recht, wozu auch die im 4. Kapitel behandelte Haltung des Präsidenten des Schweizerischen Bundesgerichts über den hoheitlichen Charakter seiner Tätigkeit zählt. Die Anwendung des Verfahrensstatuts würde mithin bedeuten, daß nunmehr die Frage aufgeworfen werden müßte, ob die Anwendung von schweizer Recht dazu führen kann, daß der Präsident des OLG Stuttgart den Schiedsrichter in amtlicher Funktion zu ernennen hat, mit anderen Worten, ob für Fälle mit Auslandsbezug von dem in Deutschland geltenden Grundsatz abgewichen werden kann, daß der Funktionsbereich der Gerichtsbehörden einer Erweiterung durch Parteivereinbarung nicht zugänglich ist. Eine klare, sachgerechte Lösung, die der Rolle des Dritten als Außenstehenden gerecht wird, sollte aber bei der Frage der Anknüpfung ansetzen, und muß lauten, daß die Fragen der Rechtsstellung des Dritten unabhängig von den zu Vertrags- und Verfahrensstatut führenden Kriterien an das Recht anzuknüpfen sind, dem der Dritte untersteht. Die so bestimmte Rechtsordnung kann auch nicht zweiseitig von den Parteien, sondern nur im Einvernehmen mit dem Dritten abgewählt werden.

---

14 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 289 Fn 4

9. Kapitel
Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsanforderungen aus internationalverfahrensrechtlicher Sicht

Grundsätzlich gehören gesetzliche Anforderungen, die an die Person des Dritten zu stellen sind ebenfalls zu dem Teilaspekt der Schiedsrichterernennung, der gesondert nach der Staatsangehörigkeit des Dritten bestimmt werden muß. Was die praktisch bedeutsamste gesetzliche Anforderung anbetrifft, nämlich das Problem der Unanhängigkeit und Unparteilichkeit des Dritten, bedarf diese Aussage einer wichtigen Ergänzung. Vereinbaren beispielsweise ein Brasilianer und ein Franzose ein Schiedsgericht mit Sitz in München, dessen Obmann vom Vorsitzenden eines französischen Exportverbandes ernannt werden soll, dem der Franzose als Mitglied angehört, so bestimmen sich die Anforderungen an Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Verbandsvorsitzenden gemäß den Grundsätzen des vorangehenden Kapitels zunächst einmal nach französischem Recht. Enthielte dies den Satz, daß der Dritte selbst und nicht nur die ernannten Schiedsrichter unabhängig und unparteiisch zu sein hat, so wäre zu untersuchen, ob die Verbandsmitgliedschaft des Franzosen den Verbandspräsidenten für seine Ernennungsaufgabe disqualifiziert.

Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die an den Dritten zu stellenden Unabhängigkeitsanforderungen nicht auch nach dem Verfahrensstatut, im Beispiel also nach deutschem Recht, beurteilt werden müssen. Wie im 5. Kapitel für das deutsche Recht gezeigt, kann die Person des Dritten dem Grundsatz unabhängiger und unparteiischer Rechtspflege in zweifacher Hinsicht unterliegen: Einmal in seiner eigenständigen Unterstützungsfunktion als Ernennender und zum anderen als Bestandteil der an die Schieds-

richter zu stellenden Unabhängigkeits- bzw. Unparteilichkeitsanforderungen. Diese aber richten sich nach Verfahrensrecht. Dabei ist es zwar mißlich, daß etwaige zusätzliche Anforderungen im Zeitpunkt der Ernennung mangels Bestimmbarkeit des Verfahrensstatuts möglicherweise noch nicht feststehen, jedoch stellt dies keine Besonderheit der Schiedsrichterernennung durch Dritte dar, da auch bei der Parteiernennung die Festlegung des Sitzes des Schiedsgerichts durch die Schiedsrichter dazu führen kann, daß das so gewonnene Schiedsverfahrensrecht die Schiedsrichterernennung aus Parteilichkeitsgründen für unwirksam erachtet. Da also sowohl die Person des Dritten als auch die Wirkung seiner Tätigkeit die Beurteilungsgrundlage für die Anwendung des Grundsatzes unabhängiger und unparteiischer Rechtspflege bilden, sind insoweit das Recht, dem der Dritte untersteht, sowie das Verfahrensstatut maßgebend. Im hypothetischen Beispiel bedeutet das, daß die Anwendung des Verfahrensstatuts, also deutschen Rechts, entsprechend den im 5. Kapitel dargelegten Grundsätzen zur Unwirksamkeit der Ernennung durch den Präsidenten des französischen Exportverbandes führt, gleichgültig ob das ebenfalls anwendbare Rechte des Dritten, also französisches Recht, ein unmittelbares Unabhängigkeits- und Unparteilichkeitsgebot für den Dritten enthält oder nicht.

1o. Kapitel
Das für das Scheitern der Schiedsrichterernennung durch Dritte maßgebende Recht

Vereinbaren ein Österreicher und ein Deutscher, daß Sitz und Obmann des Schiedsgerichts vom Präsidenten des Schweizerischen Bundesgericht bestellt werden sollen, und lehnt dieser die Ernennung ab, so fragt sich, welches Recht darüber entscheidet, ob die Schiedsrichterernennung dennoch durchgeführt werden kann.

Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist, wie das mit der Ersatzernennung befaßte Gericht die zu erörternde Rechtsfrage bestimmt. Ist die Ausgangsfrage dahin zu stellen, ob die Weigerung des Dritten zum Erlöschen des Schiedsvertrages führt, so entscheidet nach deutschem internationalen Privatrecht das Vertragsstatut.[15] Sodann stellt sich - verneinendenfalls - die weitere Frage, ob ein geeigneter Ersatzmechanismus zur Verfügung steht, für welche Frage wiederum das maßgebliche Recht zu bestimmen ist, da sie sich nicht notwendigerweise ebenfalls nach dem Vertragsstatut richtet. Kann dagegen die Ausgangsfrage dahin gestellt werden, ob das zu bestimmende maßgebliche Recht einen Ersatzmechanismus vorsieht, bei dessen Eingreifen der Fortbestand des Schiedsvertrages ohne weiteres zu unterstellen ist, dann liegt die ausschließliche Anwendung des Verfahrensstatut nahe.

Ist ein deutsches Gericht mit diesem Problem befaßt, beantragt also beispielsweise der Österreicher als Schiedskläger bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der beklagte Deutsche seinen Wohnsitz hat, die erstzweise Bestellung des Obmanns, so kann die Antwort nicht zweifelhaft sein. Die Ausführungen oben im 6. Kapitel haben gezeigt, daß das Problem nach deutschem Recht zweischichtig ist, und nichts anderes gilt für die Qualifikation nach deutschem internationalen Privatrecht. Im Rahmen seiner Zuständigkeitsprüfung stellt sich demnach für das Gericht zuerst die Frage nach den Auswirkungen des Scheiterns der Ernennung auf die Schiedsvereinbarung, die sich nach vertraglichen Grundsätzen richtet, und sodann, sofern der Schiedsvertrag nach dem maßgebenden Recht bestehen bleibt, die Frage nach dem Ersatzorgan. Kommt in dem eingangs angeführten Beispiel deutsches Recht als Vertragsstatut zur Anwendung, so bedeutet dies das Scheitern nicht nur der Ernennung, sondern auch des Schiedsverfahrens, da nach deutschem Recht im Falle der Ernennung gemeinsamer Schiedsrichter die Weigerung des Dritten aus den im 6. Kapitel dargelegten Gründen zum Erlöschen der

---

15 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 301 m.w.N.

Schiedsvereinbarung führt. Anders ist die Rechtslage beispielsweise in den USA.[16] Jedoch könnte U.S. amerikanisches Recht, hätten die Parteien statt des Bundesgerichtspräsidenten die American Arbitration Association als Dritten eingesetzt, am Scheitern der Schiedsvereinbarung nichts ändern, da es nicht als Vertragsstatut fungieren würde. Betrauen hingegen zwei Amerikaner einen Deutschen mit der Schiedsrichterernennung und weigert sich dieser tätig zu werden, so bleibt die Schiedsvereinbarung gemäß des anzuwendenden § 5 des U.S. Arbitration Act in Kraft.

Damit ist jedoch nur der erste Teil des Problems abgehandelt. Angenommen die eine amerikanische Partei beantragt nach Weigerung des Dritten bei dem Landgericht, in dessen Bezirk der Dritte seinen Wohnsitz hat, die Ersatzernennung vorzunehmen. Hat das Gericht das Fortbestehen der Schiedsvereinbarung nach amerikanischem Recht festgestellt, so muß es im Rahmen seiner Zuständigkeitsprüfung § 1045 Abs. 1 anwenden. Liegt der von den beiden Amerikanern als Sitz für das Schiedsgerichtsverfahren festgelegte Ort in Deutschland, so ist das Gericht für die Ernennung zuständig, in dessen Bezirk das Schiedsgericht seinen Sitz hat.

Schwierig wird die Rechtslage allerdings, und darauf hat Mann hingewiesen [17], wenn sich dem Schiedsvertrag keine Anhaltspunkte zur Bestimmung des für die Ersatzernennung zuständigen Gerichts entnehmen lassen. Angenommen, ein Engländer und ein Franzose bestimmen, daß der Präsident des Oberlandesgerichts Düsseldorf ihren Einzelschiedsrichter ernennen und den Sitz des Schiedsgerichts festlegen soll. Lehnt dieser die Ernennung ab und beantragt daraufhin der Engländer die ersatzweise Ernennung beim Landgericht Düsseldorf, so ist der Sitz des OLG-Präsidenten der einzige Anhaltspunkt für die Zuständigkeit des Landgerichts. Es stellt sich damit die Frage, ob der Sitz des Dritten für Zwecke einer gerichtlichen Ernennungsentscheidung als vertragliche Bezeichnung des Gerichts im Sinne des § 1045 Abs. 1 angesehen werden kann. Diese

---

16 Section 5 des U.S. Arbitration Act

17 Festschrift für Schnitzer (1979), S. 301

Frage ist zu bejahen, denn § 1045 Abs. 1 hat einen breiten Anwendungsbereich und umfaßt ganz generell "gerichtliche Entscheidungen über die Ernennung oder die Ablehnung eines Schiedsrichters" sowie weitere Fallgestaltungen. Darunter ist auch die Ernennung durch Dritte zu fassen, und es bedeutet keine überspannte Anforderung an die Auslegung des Gesetzes, wenn man insoweit die Festlegung des Sitzes des Dritten als ausreichenden vertraglichen Anhaltspunkt für die Zuständigkeit des Gerichts ansieht. Im schweizer Recht, der Rechtsordnung, die von Mann untersucht wird [18], ist die Frage schwieriger zu klären, weil das Schweizerische Konkordat die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte für Schiedsrichterernennungen im Hinblick auf bestimmte Fälle, wie etwa den Wegfall eines Schiedsrichters, bestimmt und keine dem § 1045 Abs. 1 vergleichbare generelle Zuständigkeitsvorschirft enthält.

11. Kapitel
Die Bestimmung des maßgebenden Verfahrensrechts

A. Das vom Dritten einzuhaltende Verfahren

Die Verfahrensgrundsätze, die der Dritte bei der Auswahl und Bestellung der Schiedsrichter einzuhalten hat, bestimmen sich nach dem Recht, welchem der Dritte untersteht, es sei denn, aus dem Vertrag, der in der Regel zwischen Parteien und dem Dritten mit Annahme der Funktion zustande kommt, ergibt sich etwas anderes.[19] Stellt sich also die Frage, ob der Präsident des Düsseldorfer Amtsgerichts in einem Fall mit Auslandsberührung dem Schiedsbeklagten vor der Bestellung des Schiedsrichters rechtliches Gehör zu gewähren hat, so beurteilt sich dies nach deutschem Recht, wenn auch zu beachten ist - und das

---

18 Festschrift für Schnitzer (1979), S. 301

19 Das Recht, dem der Dritte untersteht, wird eine solche Rechtswahl wohl immer zulassen.

gilt für andere Verfahrensfragen ebenso -, daß das vom Dritten zu beobachtende Verfahren Teil der Ernennung ist, deren Wirkungen sich nach dem anwendbaren Schiedsverfahrensrecht beurteilen. Das Verfahrensrecht aber kann zusätzliche Anforderungen stellen, die der Dritte ebenfalls beachten sollte, damit der Schiedsspruch nicht der Aufhebung unterliegt.[20)]

B. Der Einfluß der Identität des Dritten auf die Bestimmung des anwendbaren Verfahrensrecht

Von den vorstehenden Erwägungen ganz zu trennen ist eine andere Frage, die kürzlich durch einen Schiedsspruch des Schiedsrichters Dupuy aktuell geworden ist [21)], nämlich die, ob die Person des Dritten als Indiz dafür angesehen werden kann, daß sich die Parteien einem bestimmten Verfahrensrecht unterworfen haben. Die Frage taucht auf, wenn am Abschluß eines Schiedsvertrages auf der einen Seite ein Staat oder eine staatliche Organisation und auf der anderen Seite ein Privatunternehmen eines anderen Staates beteiligt ist. Es geht dabei nicht um das generelle Problem, ob derartige Schiedsverfahren Völkerrecht unterstehen können oder ob nicht vielmehr nationales Recht Anwendung finden muß [22)], sondern um die Frage, ob man aus dem Umstand, daß bestimmte Dritte mit der Ernennungsbefugnis betraut werden, etwas zugunsten der einen oder der anderen Auffassung herleiten kann.

Das erstinstanzliche Gericht von Teheran hat diese Frage in dem Urteil, mit dem es den Sapphire-Schiedsspruch aufhob, verneint.[23)]

---

20 Siehe Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 294

21 Texaco Overseas Petroleum Co. und California Asiatic Oil Co. gegen die Regierung der Lybisch-Arabischen Republik, ILM 17 (1978), 3 ff

22 Siehe einerseits den Schiedsspruch in Saudi-Arabien gegen Arabian American Oil Co., ILR 27 (1963), 117 (155/156); ebenso der Schiedsrichter Dupuy, a.a.O., S. 7 ff; sowie Fischer, Die internationale Konzession, S. 424 ff; andererseits die Analyse bei Mann, BYIL 42 (1967), 1 (6 ff)

23 ILM 9 (1970), 1118 (1122)

In diesem Fall bestand allerdings gar keine Veranlassung, die Frage überhaupt aufzuwerfen, denn NIOC war eine private Gesellschaft, wenn auch im alleinigen Besitz des iranischen Staates, so daß besondere Regeln nicht aufzustellen waren.[24] Davon abgesehen ist jedoch die Feststellung des Gerichts, mit der Übertragung der Ernennungsbefugnis unterwerfe sich der Staat nicht der Gerichtsbarkeit des Landes, in welchem der Dritte seinen Sitz hat, zutreffend. Die Bezeichnung des Präsidenten des IGH als Ernennungsinstanz in unstreitig Völkerrecht unterstehenden Schiedsverfahren bestätigt dies.[25]

Dieses Ergebnis kann jedoch keinenfalls zu dem Umkehrschluß führen, daß aus der Übertragung des Ernennungsrechts auf den Präsidenten des IGH die Anwendbarkeit von Völkerrecht als Schiedsverfahrensrecht gefolgert wird. Diese Auffassung hat der Schiedsrichter Dupuy im Topco-Calasiatic-Schiedsspruch für den Fall der Beteiligung eines Völkerrechtssubjekts vertreten.[26] Er hält es für möglich, daß verschiedene Verfahrensrechte zur Anwendung kommen, je nachdem ob der schweizer Bundesgerichtspräsident die Ernennung vornimmt oder der Präsident des IGH. Diese Ansicht geht offensichtlich von der unzutreffenden Voraussetzung aus, daß der jeweilige Amtsinhaber die Ernennung in amtlicher Funktion vornimmt. Abgesehen davon, daß damit immer noch keine spezifische Aussage über die Anwendung bzw. Nichtanwendung von Völkerrecht gemacht wäre, stellen beide Amtsstellungen jedoch nur zwei gesonderte, aber gleichartige Möglichkeiten dar, vertrauenswürdige und erfahrene Privatpersonen für die Ernennung zu bestimmen. Ein bestätigendes Indiz enthält das Jahrbuch des IGH in welchem Ernennungen im Verhältnis Staat - Privatunternehmen mit Ernennungen im Verhältnis zwischen zwei Privaten gleichgestellt sind [27], im letzteren Fall aber sicher nicht Völkerrecht

---

24 Schiedsrichter Dupuy im Topco-Calasiatic Schiedsspruch, ILM 17 (1978), 3 (8)

25 ICJ Yearbook 1976-1977, S. 41

26 ILM 17 (1978), 3 (9)

27 ICJ Yearbook 1976-1977, S. 41

als Verfahrensrecht zur Anwendung gelangt. Die Auffassung des Schiedsrichters Dupuy entbehrt jeder rechtlichen Grundlage und ist als unhaltbar abzulehnen.[28)]

4. Teil
Die Überprüfung der vom Dritten vorgenommenen Schiedsrichterernennung

Zur Möglichkeit, die vom Dritten vorgenommene Schiedsrichterernennung einer Prüfung zu unterziehen, existieren sehr unterschiedliche Aussagen. Während Schlosser [1)] eine volle Legalitätskontrolle befürwortet, lehnt P. Lalive - für das schweizer Recht - jeden Rechtsbehelf gegen die Tätigkeit des Dritten ab.[2)] Lalives Feststellung hängt natürlich mit der Beurteilung des Rechtscharakter der Tätigkeit des Dritten zusammen. Sieht man, wie er dies tut, die Ernennung als richterliche Entscheidung an, so wird man sicher leichter geneigt sein, eine Überprüfung auszuschließen, als wenn man demgegenüber die Entscheidung des Dritten korrekterweise als bloße Unterstützungstätigkeit betrachtet, die keine Rechtskraft schafft.[3)]

Im abschließenden Teil der Arbeit soll untersucht werden, in welchem Umfang entsprechend der Funktion des Dritten eine Überprüfung zulässig ist und welche Instanz - Dritter, Schiedsgericht und/oder staatliches Gericht - eine solche Überprüfung zu welchem Zeitpunkt im Schiedsgerichtsverfahren vornehmen kann.

---

28 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 299/300

1 Bd. 1, Nr. 446 u. 518

2 Festgabe für Schönenberger (1968), S. 383

3 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 296 u. 297

12. Kapitel
Der Umfang einer Überprüfung der Schiedsrichterernennung

Um beurteilen zu können, in welchem Umfang eine Überprüfung der Ernennung möglich ist, muß man sich wiederum die drei gedanklichen Abschnitte des Ernennungsvorgangs vor Augen halten. Was die Ernennungsvoraussetzungen angeht, kommt der Mitwirkungshandlung des Dritten keinerlei bindende Wirkung zu. Die Parteien haben ihn nicht einmal mit Prüfungsbefugnissen ausgestattet, damit die reibungslose Einleitung des Schiedsverfahrens gewährleistet bleibt.[4] Daraus folgt, daß die Frage, ob die Voraussetzungen für ein Tätigwerden des Dritten nach der Schiedsvereinbarung vorlagen - wozu die Gültigkeit und die Tragweite der Vereinbarung gehören - in vollem Umfang der Nachprüfung unterliegen.

Was die Auswahl der Schiedsrichter anbetrifft, so ist in dreifacher Hinsicht zu unterscheiden. Einmal unterliegt die Auswahlentscheidung des Dritten dadurch einer Kontrolle, daß die Parteien Parteilichkeit oder Abhängigkeit der Schiedsrichter geltend machen sowie die Schiedsrichter ablehnen können. Zum zweiten ist die Auswahl der Schiedsrichter in vollem Umfang darauf überprüfbar, ob der Dritte besondere, in der Schiedsvereinbarung festgelegte Anforderungen an die Schiedsrichter oder näher bestimmte Verfahrensgrundsätze, wie etwa die Gewährung rechtlichen Gehörs, eingehalten hat.[5] Ähnlich wie hinsichtlich des Vorliegens der Ernennungsvoraussetzungen besitzt die Tätigkeit des Dritten auch hier keine Bindungswirkung. Hinsichtlich des Entscheidungsspielraums bei der Auswahl der Schiedsrichter wurde oben geklärt, daß der Dritte gemäß der

---

4 Siehe oben, 2. Teil, S. 80-84

5 Sieg, JZ 1958, 719 (720); Stein-Jonas-Schlosser, § 1045 Anm. III 1; Baumbach-Schwab, S. 110

von ihm nach dem Parteiwillen übernommenen Funktion eine rein subjektive Entscheidung trifft. Den Parteien ist es auch gemäß § 1028 gestattet, den Ernennungsmechanismus so auszugestalten, daß der Dritte nach freiem Belieben seine Auswahl treffen kann. Dementsprechend besteht insofern, aber auch nur insofern, ein Spielraum, der ausschließlich durch die Auswahlentscheidung des Dritten ausgefüllt wird und einer Nachprüfung entzogen ist.[6] Die Parteien können daher die Ernennung nicht etwa mit der Behauptung angreifen, der Schiedsrichter sei angesichts der Schwerpunkte des zu entscheidenden Streites für sein Amt offensichtlich fachlich nicht geeignet.

Was schließlich den letzten Teil des Ernennungsvorgangs, die Wirksamkeit des Bestellungsaktes angeht, also beispielsweise die Frage, ob eine bestimmte Mitteilung des Dritten an die Parteien nicht schon als Bestellung des bezeichneten Schiedsrichters anzusehen ist, so unterliegt die Rechtshandlung des Dritten wiederum der uneingeschränkten Nachprüfung. Diese Feststellung bedeutet keine Besonderheit und soll hier nur aus Gründen der Klarstellung des Verhältnisses zu den anderen Bestandteilen der Ernennungstätigkeit getroffen werden.

13. Kapitel
Die Überprüfung der Ernennungstätigkeit vor Erlaß des Schiedsspruchs

Nachdem nunmehr geklärt ist, daß nur ein Teil der Tätigkeit des Dritten, nämlich ihr Kern, die eigentliche Schiedsrichterauswahl,

---

6 Was die Ernennungsentscheidung durch staatliche Gerichte anbetrifft, so wird der nicht überprüfbare Teil der Ernennung weiter erstreckt, inzidenter BGH NJW 1969, 978 (979); deutlich Stein-Jonas-Schlosser, § 1029 Anm. V ("die Rechtskraft des Ernennungsbeschlusses überdeckt alle etwaigen Mängel der Schiedsrichterernennung")

keiner Kontrolle unterliegt [7], stellt sich die Frage, wie die Überprüfung der übrigen Bestandteile noch vor Erlaß des Schiedsspruchs erfolgen kann.

A. Nachprüfung durch den Dritten selbst

Es mag für die Partei, die sich durch die Ernennung beeinträchtigt fühlt, naheliegend erscheinen, zunächst einmal eine Korrektur durch den Dritten selbst zu veranlassen. Die National Iranian Oil Co. ist im Sapphire International Fall so verfahren und hatte damit insofern Erfolg, als der Präsident des Schweizerischen Bundesgerichts überhaupt auf dieses Gesuch einging und seine eigene Ernennungshandlung überprüfte, wenn er auch schließlich keine Korrektur vornahm.[8]

Wenn der Dritte auf ein derartiges Gesuch eingeht, um der Gesuchstellerin vor Augen zu führen, wie sorgfältig er bei der Ernennung vorgegangen ist, kann das Vorgehen des Dritten als taktische Maßnahme gerechtfertigt werden. Eine rechtliche Basis besitzt eine Überprüfung durch den Dritten dagegen nicht. Mit Vornahme des Bestellungsaktes ist der Dritte an seine Ernennungsmaßnahme ohne Korrekturmöglichkeit gebunden. Ihm die Überprüfung seiner Entscheidung zuzubilligen, würde bedeuten, daß die Einräumung des Ernennungsrechts durch die Parteien zusätzlich die Übertragung der Nachprüfungsbefugnis auf den Dritten beinhaltet. Die Anfechtung der Schiedsrichterernennung stellt jedoch einen Zwischenstreit im Schiedsverfahren dar, so daß der Dritte unzu-

---

7 Allerdings kann insoweit entsprechend den Ausführungen oben, 2. Teil, S. 85, geltend gemacht werden, der Dritte habe seinen Auswahlspielraum gar nicht ausgeübt und den Zufall walten lassen.

8 ILR 35 (1967), 136 (162)

lässigerweise als Schiedsrichter in eigener Sache aufträte.[9] Schon aus diesem Grunde kann dem Willen der Parteien eine solche Ausdehnung der Befugnisse des Dritten nicht entnommen werden.

B. Die Überprüfung durch das Schiedsgericht

Das Schiedsgericht kann die Ernennung durch den Dritten in dem im 12. Kapitel dargestellten Umfang überprüfen. Diese Befugnis folgt aus § 1037 3. Alt. Gelangt das Schiedsgericht zu der Auffassung, daß der Einwand, die Voraussetzungen für die Ernennung des oder der Schiedsrichter hätten nicht vorgelegen, unzutreffend ist, so kann es das Verfahren fortsetzen. Es ist ihm aber auch gestattet, und im Falle eigener Bedenken anzuraten, einen Beschluß zu erlassen, welcher die Wirksamkeit der Ernennung feststellt. Ein solcher Beschluß ist zwar für die staatlichen Gerichte nicht bindend, denn diese befinden, was sich wiederumg aus § 1037 ergibt, über verfahrensrechtliche Fragen in letzter Instanz.[10] Jedoch wird der Beschluß die betroffene Partei in der Regel dazu führen, die Frage der Wirksamkeit der Ernennung noch vor Erlaß des Spruches gerichtlich bindend entscheiden zu lassen, sei es im Wege eines Antrages gem. § 1045 Abs. 1 [11] oder im Wege einer Feststellungsklage entsprechend § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 [12].

---

9 Vorliegend handelt es sich um eine ganz andere Frage als die, ob die Entscheidung über die Ablehnung von Schiedsrichtern einem Dritten übertragen werden kann, welche Rechtsprechung und Literatur beschäftigt hat. Gegen eine solche Möglichkeit RGZ 152, 375 (377); BGHZ 24, 1 (3/4); Kornblum, ZZP 80 (1967), 20 ff m.w.N.; a.A. die frühere Rspr., RGZ 53, 387 (389), und heute beispielsweise Kohler, Die moderne Praxis des Schiedsgerichtswesens in der Wirtschaft, S. 48. Dieses Problem betrifft die Anwendung von Rechtsnormen durch den Dritten und liegt damit außerhalb des Bereichs der vorliegenden Untersuchung.

10 Stein-Jonas-Schlosser, § 1037 Anm. I.

11 Vgl. Bülow, KTS 1970, 125 (130/131), der zwar die generelle Möglichkeit einer selbständigen Anfechtung von schiedsrichterlichen Zwischenbeschlüssen über die Zuständigkeit de lege lata ablehnt, weil sie im Katalog von § 1045 nicht vorgesehen sei. Hier geht es jedoch um Fragen der Ernennung, deren Entscheidung gerade Gegenstand von § 1045 ist.

12 Siehe oben, 2. Teil, Fn. 39

Der Schiedsrichter selbst ist also derjenige, welcher als erster dazu berufen ist, über Einwände einer Partei gegen die Ernennungstätigkeit des Dritten zu entscheiden.[13] Allerdings bindet seine Entscheidung, wie immer sie auch ausfallen mag, die staatlichen Gerichte nicht.

C. Kontrolle durch die staatlichen Gerichte

Für die gesonderte Anfechtung der Schiedsrichterernennung vor staatlichen Gerichten ist das Verfahren gem. § 1045 vorgesehen.[14] Zwar ist verschiedentlich die Auffassung geäußert worden, § 1045 erfasse nur Fragen, die im Zusammenhang mit der Ernennung durch staatliche Gerichte auftauchen.[15] Diese Ansicht hat das Reichsgericht jedoch als mit Wortlaut und Intention des § 1045 Abs. 1 nicht vereinbar erklärt.[16] Dem wird zutreffenderweise in der Literatur fast einhellig gefolgt.[17]

Jedoch ist nicht klar, welche Konsequenzen aus der Zuständigkeit der staatlichen Gerichte zur Kontrolle der Ernennungstätigkeit des Dritten zu ziehen sind. Insbesondere ist die Frage nach dem Umfang der Entscheidungsbefugnisse und der damit zusammenhängenden Rechtskraftwirkung nicht geklärt. Hat man sich aber schon einmal entschlossen, eine gesonderte gerichtliche Anfechtung zuzulassen, so liegt es im Interesse der Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme der Gerichte, also der zusätzlichen Inanspruchnahme des Exequaturrichters, der Überprüfung eine umfassende und abschliessende Wirkung zuzugestehen. Dies bedeutet, daß eine Kontrolle in dem im 12. Kapitel dargestellten Umfang stattfindet. Hebt das Gericht die Ernennung

---

13 Mann, Festschrift für Schnitzer (1979), S. 298

14 Auch hier gilt parallel wieder die Möglichkeit der Feststellungsklage analog § 1041 Abs. 1 Ziff. 1.

15 OLG (Hamburg) 23, 258

16 RGZ 47, 401 (401/402)

17 Baumbach-Schwab, S. 110; Stein-Jonas-Schlosser, § 1045 Anm. III 1 m.w.N.; Sieg, JZ 1958, 719 (720); a.A. v. Staff, S. 283

auf, so kann der Dritte, je nach Aufhebungsgrund, entsprechend den oben im 9. Kapitel dargelegten Grundsätzen einen Ersatzschiedsrichter ernennen.

14. Kapitel
Die Überprüfung der Schiedsrichterernennung im Anerkennungs- und Vollstreckungsstadium

A. Schiedssprüche ohne Auslandsbezug

Einwände gegen die Besetzung des Schiedsgerichts können nach Erlaß des Schiedsspruchs im Wege der Aufhebungsklage gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 2. Fall geltend gemacht werden [18] bzw. in Verbindung mit § 1042 Abs. 2 als Aufhebungsgrund im Vollstreckbarkeitsverfahren. Was die Ernennung durch Dritte angeht, so kommt grundsätzlich nur § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 2. Fall in Betracht. Andere Aufhebungsgründe greifen entweder nur mittelbar ein, z.B. die Parteilichkeit des ausgewählten Schiedsrichters gem. § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 1. Fall, oder die Parteien müssen dem Dritten die Beachtung besonderer Grundsätze, wie beispielsweise den des rechtlichen Gehörs, auferlegt haben. Diesen letzteren Erwägungen kommt jedoch im Falle einer Ernennung durch den Dritten nur zusätzliche Bedeutung zu. Da der gesamte Ernennungsvorgang gem. § 1028 Bestandteil des Schiedsgerichtsverfahrens im Sinne von § 1041 Abs. 1 Ziff. 1 ist, bedeutet sowohl die Bestellung eines parteiischen Schiedsrichters als auch die Verletzung vertraglich vorgeschriebener Gewährung rechtlichen Gehörs, daß der Schiedsspruch in unzulässigem Verfahren ergangen ist. Ob er darauf auch beruht, d.h. ob der Verstoß für den Inhalt des Spruchs kausal ist, muß im Einzelfall weiterhin geprüft werden.

---

18 BGHZ 65, 59 (62/63); 51,255 (263)

B. Schiedssprüche, die ausländischem Verfahrensrecht unterstehen

Wird um Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs nachgesucht, der ausländischem Verfahrensrecht untersteht, so findet eine Überprüfung zunächst im Rahmen des mit dem ausländischen Staat bestehenden Anerkennungs- und Vollstreckungsabkommens statt.

Im Verhältnis der Unterzeichnerstaaten des UN-Übereinkommens findet die Vorschrift des Art. V Abs. 1 Buchstabe d) Anwendung, die eine Kontrolle des Schiedsspruchs darauf vorsieht, ob die Bildung des Schiedsgerichts der Parteivereinbarung entsprochen hat. Unter diesem Gesichtspunkt kann der Exequaturrichter jeden einzelnen Aspekt der Schiedsrichterernennung durch Dritte überprüfen, da die Unterstützungshandlung des Dritten allein auf der Parteivereinbarung beruht.

Art. VII des Abkommens bestimmt allerdings ferner, daß die Partei, welche die Vollstreckbarkeit des Spruchs begehrt, sich auch auf innerstaatliches Recht berufen kann. Die ZPO enthält die einschlägige Regelung in § 1044, insbesondere Abs. 2 Ziff. 1. Dort ist bestimmt, daß die Wirksamkeit des Spruchs nach ausländischem Recht zu beurteilen ist - darin eingeschlossen ist das Verfahrensrecht -, so daß ein nach ausländischem Recht anfechtbarer aber nicht angefochtener Verstoß nicht mehr vor dem deutschen Vollstreckungsrichter geltend gemacht werden kann.[19] Dazu gehört auch die Klage auf Aufhebung des Spruchs wegen Nichteinhaltung des vertraglich vorgesehenen Ernennungsmechanismus. Ist diese Klagemöglichkeit im Ausland verpaßt, so kann der deutsche Exequaturrichter die Anerkennung nur unter den Voraus-

---

19 BGHZ 52, 184 (189); BGH NJW 1971, 986 (987/988); vgl. auch BGHZ 71, 131 (135/136)

setzungen des § 1044 Abs. 2 Ziff. 2-4 versagen. Abgesehen von dem Versagungsgrund der Verletzung rechtlichen Gehörs, der nur bei entsprechender vertraglicher Vereinbarung in Betracht kommt, läßt sich im Hinblick auf die Schiedsrichterernennung durch Dritte allenfalls gem. § 1044 Abs. 2 Ziff. 2 rügen, die besondere Stellung des Dritten im Verhältnis zu einer Partei habe dieser ein Übergewicht bei der Bestellung des Schiedsgerichts verschafft.[20)]

Schlußbemerkung

Die Untersuchung hat gezeigt, daß der Stellung des Dritten weniger rechtliches Gewicht zukommt als manche ihr zumessen wollen. Die Bedeutung der Schiedsrichterernennung durch Dritte liegt jedoch darin, daß sie die einzig praktikable Lösung darstellt, die Durchführbarkeit des Schiedsgerichtsverfahrens auch ohne die an sich erforderliche Mitwirkung der Gegenpartei zu sichern und der Schiedsvereinbarung damit den erforderlichen Nachdruck zu verschaffen. Oft wird sich daher die Bedeutung gerade darin zeigen, daß der Dritte nicht in Anspruch genommen wird.

Im Hinblick auf den Fall, daß es dennoch dazu kommt, gilt es insbesondere drei Punkte zu berücksichtigen:

1. Angesichts der mangelnden rechtlichen Verpflichtung des Dritten zum Tätigwerden sollten die Parteien den Dritten vor Abschluß ihrer Schiedsvereinbarung über seine Bereitschaft zur Übernahme der Tätigkeit befragen. Wenn eine bejahende Antwort auch immer noch keine Verpflichtung begründet, so wird den Dritten doch im Streitfall ein besonders starker moralischer Druck treffen, die Ernennung vorzunehmen.

---

20 Vgl. BGHZ 52, 184 ff (Zwangsernennung des Parteischiedsrichters durch den Präsidenten der Außenhandelskammer Belgrad)

2. Die Parteien sollten im Vertragstext deutlich machen, daß der Dritte nach ihrem gemeinsamen Willen die Ernennung allein aufgrund des Vortrages einer Partei durchführen soll, was immer die Gegenpartei einwendet.

3. Durch Vereinbarung einer Anhörungspflicht, allerdings nur bezüglich der Auswahl der Schiedsrichter, sollten die Parteien die Grundlage dafür schaffen, daß die vom Dritten ausgewählten Schiedsrichter das besondere Vertrauen der Parteien genießen, so daß sich die Schiedsrichterernennung durch Dritte der gemeinsamen Schiedsrichterernennung durch die Parteien soweit wie möglich annähert.